

O INSTITUTO

REVISTA CIENTÍFICA E LITERÁRIA



VOLUME CXXXII

COIMBRA — 1970

ÍNDICE DOS ARTIGOS

	Págs.
<i>Dos poderes e deveres do juiz na Conciliação Judicial</i> , pelo Dr. Alexandre Pessoa Vaz	1
<i>Órbita da estrela dupla visual ADS 371 ≡ Hu 1007</i> , pelo Prof. Doutor A. Simões da Silva	211
<i>Órbita da estrela dupla visual ADS 5332 ≡ A 218</i> , pelo Prof. Doutor A. Simões da Silva	225
<i>Órbita da estrela dupla visual ADS 10355 ≡ A 1145</i> , pelo Prof. Doutor A. Simões da Silva	239

O INSTITUTO

O INSTITUTO

REVISTA CIENTÍFICA E LITERÁRIA



VOLUME CXXXII

COIMBRA — 1970

INSTITUTO DE COIMBRA

DIRECÇÃO

DIOGO PACHECO DE AMORIM	<i>Presidente</i>
GUILHERME BRAGA DA CRUZ	<i>Vice-Presidente</i>
JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM	<i>Director da Classe de Ciências</i> <i>Físico-Matemáticas</i>
ARNALDO DE MIRANDA BARBOSA	<i>Secretário</i>
JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM	•
FERNANDO BAYOLO PACHECO DE AMORIM	•
JOÃO JOSÉ LOBATO GUIMARÃES	<i>Tesoureiro</i>

DOS PODERES E DEVERES DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

PARTE I

A composição amigável em geral e na problemática do processo publicístico moderno

1. Um dos pendores mais salientes do panorama da vida judiciária portuguesa dos últimos tempos da vigência do Código de Processo Civil de 1939 consistia na extraordinária frequência e reiteração com que alguns dos nossos Tribunais de Primeira Instância ⁽¹⁾ (exercendo por vezes forte pres-

⁽¹⁾ Em corroboração deste facto foi-nos há anos referido por pessoa fidedigna um caso verdadeiramente singular ocorrido num tribunal português que consistiu em terem tido lugar num único processo trinta e seis tentativas de conciliação que se protelaram, como é óbvio, por largo período de tempo.

E poderia citar-se um outro, do conhecimento directo do autor, em que num processo sumário (e em outras tantas audiências expressamente convocadas para o efeito) se efectuaram nove tentativas de conciliação sem qualquer êxito; sucedendo, todavia, que no dia finalmente marcado para a audiência de discussão e julgamento, no começo desta e ainda por sugestão do magistrado, acabou por ser nomeado um tribunal arbitral de equidade, que, aliás, decidiu a causa em pura perda: — dado que, apesar de no compromisso figurar uma cláusula expressa da irrecurribilidade da decisão dos árbitros, tal decisão foi anulada pelas instâncias superiores, voltando a causa de novo a julgamento. Deu-se, então, um desfecho digno da maior ponderação, porque põe em evidência de maneira flagrante um dos possíveis gravíssimos inconvenientes de uma tal corrida às conciliações: — como entretanto se tivessem passado vários anos sobre a instauração do pleito e o réu se tornasse insolvente, propondo-se emigrar para o Brasil para aí tentar refazer a sua vida, o autor acabou por aceitar uma *transacção* (!) —

são ⁽²⁾ sobre as partes), procuravam induzi-las a terminar os processos por acordo amigável (transacção extraprocessual ou conciliação nos autos).

em que aquele pagou metade do pedido mas... por simples letra de câmbio nem sequer avalizada.

⁽²⁾ Quanto à natureza verdadeiramente *anómala* (e até algo contraditória) das conciliações obtidas por imposição mais ou menos aberta dos juízes e dos conciliadores em geral, e acerca da enérgica reacção de legisladores e doutrinários quer em França, quer em Portugal, quer em outros países, contra as primeiras manifestações práticas desta autêntica degenerescência do conceito histórico genuíno e das finalidades transcendentais da conciliação moderna, vid. *infra*, nota 27, pp. 44-46. E quanto ao reconhecimento oficial da verificação de semelhante anomalia na nossa prática jurisprudencial que precedeu a promulgação do vigente Código de Processo Civil, cumpre especialmente remeter para o *Relatório* da Lei Preambular de 28 de Dezembro de 1961 (Dec.-Lei n.º 44 129) que aprovou o texto definitivo daquele novo diploma legislativo, no qual o então Ministro da Justiça que o subscreveu, ANTUNES VARELA, expressamente refere que se mantém a função conciliatória do juiz da causa, mas se estabelecem «para o efeito determinadas limitações com vista a coibir abusos em que alguns recaíram»: — limitações que se traduzem, como todos sabem (e do mesmo *Relatório* explicitamente resulta), por um lado, no não adiamento da audiência preparatória «por falta de qualquer das partes ou do seu mandatário especial» — posto que tal falta é no fundo tomada «como sintoma de que essa parte não está interessada na conciliação»; — por outro lado, em que a convocação das partes «para o fim único de se tentar conciliá-las não pode ter lugar mais de uma vez». — Cfr. o n.º 7 do citado *Relatório*, integralmente reproduzido na edição do Código de Processo Civil de 1961 da Livraria Almedina (Coimbra 1962), p. 15, e o artigo 509.º, n.ºs 3 e 4, 2.ª parte, deste mesmo Código, em que as duas mencionadas limitações se acham consignadas.

E no mesmo sentido podem e devem ainda mencionar-se: — o *Discurso* proferido pelo mesmo referido Ministro na Ordem dos Advogados, em Lisboa, em 1957, sob o título de *Revisão da legislação pro-*

A um primeiro contacto, e encarada do duplo ponto de vista da sua oportunidade político-legislativa e da sua legiti-

cessual civil e problemas afins (separata do *Bol. Min. Just.*, n.º 65), em que igualmente se alude às «tentativas insistentes e abusivas de conciliação que perturbam grandemente a marcha das acções em juízo» (o. c., 16); — a «Exposição de motivos» do *Projecto do «Processo de Declaração»*, da autoria de LOPES CARDOSO (v. III dos *Projectos de Revisão do Código de Processo Civil*, Edição oficial, Lisboa 1960, n.º 32, 142), na qual da mesma sorte se afirma, quanto ao Código de 1939, não haver dúvida de que as disposições relativas à tentativa de conciliação «tinham dado lugar a abusos»; — as alusões um tanto drásticas de BARBOSA DE MAGALHÃES relativas à sua proposta de eliminação do artigo 450.º do *Projecto de Alberto dos Reis* (ao qual veio a corresponder grosso modo o artigo 513.º do mencionado Código de 1939), no sentido de «as partes e até por vezes os advogados» se encontrarem «numa situação embaraçosa e difícil para resistirem quer aos conselhos, quer às solicitações, quer às instâncias, quer às ameaças» que o juiz «empregue quando esteja com a ideia fixa de conseguir a conciliação» (vid. autor citado, *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Lisboa 1940, v. I, 56-57, e as alusões deste mesmo autor na Acta n.º 19 da Comissão Revisora do mencionado *Projecto de Alberto dos Reis*, reproduzida na *Rev. Ord. Adv.*, 1946, III e IV semestres, 325 ss., e também parcialmente transcritas por este último autor no seu *Código de Processo Civil anotado*, III, 1950, 173 ss.); — e, por último, mas já antes dos três primeiros escritos citados, uma nossa *Comunicação* ao «IV Congresso da União Nacional» realizado em Lisboa em Junho de 1956, sob o título de *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo*, na qual nos havíamos proposto chamar a atenção de quem de direito (e em especial da própria consciência política da Nação, dado que a iniciativa da realização do Congresso só por si denunciava, quanto a nós, o louvável propósito de se proceder a um sereno e desassombrado exame dos mais altos problemas nacionais), para a gravidade do problema, denunciando não só o excessivo número de conciliações que se realizavam em alguns dos nossos tribunais, mas ainda a sua profunda desvirtuação prática: no sentido de os juízes lhe imprimirem uma estru-

midade normativa, esta prática jurisprudencial ⁽³⁾ (abstraindo do pormenor da forte pressão exercida pelos juizes sobre os litigantes, em tese geral e sob múltiplos aspectos sempre censurável) ⁽⁴⁾ parecia não merecer, em princípio, qualquer reparo

tura e configuração nitidamente contratualistas, em aberto contraste com a índole *jurisdicionalística* que o legislador processual lhe quis atribuir e com as altas finalidades espirituais e humanas de justiça *persuasiva* e de *equidade* que estão, segundo pensamos, na base duma larga tradição legislativa e doutrinal quer no nosso direito, quer em grande número dos sistemas processuais estrangeiros fontes ou afins do nosso; — e podendo neste mesmo sentido também citar-se o que a tal propósito já anos antes havíamos referido no nosso *Curriculum Vitae* apresentado em 1953 ao Concurso para Encarregado de Curso do 3.º Grupo da Faculdade de Economia da Universidade do Porto, pp. 7-8.

⁽³⁾ Sobre os vários significados que as duas indicadas ordens de expressões e de conceitos — transacção extraprocessual e conciliação nos autos — podem assumir na doutrina e no direito comparado, e o particular alcance com que aqui são tomados, vid. *infra*, pp. 65 e 170-176, nota 213.

⁽⁴⁾ Os dois pontos sobre que os autores em geral insistem ao recomendarem aos juizes o maior *tacto* e *prudência* no exercício do seu poder (ou porventura do seu dever) de tentarem a conciliação das partes no decurso da causa residem, fundamentalmente, no seguinte: — Por um lado, em os juizes não deverem expor-se à *suspeita* de temerem o esforço e a responsabilidade da elaboração de uma sentença de fundo — o que só por si sempre geraria desconfiança na eficiência e no prestígio da função jurisdicional do Estado (vid. neste sentido, por todos: ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*³, Berlim 1931, § 58.º, II, 6, 180 e a tradução espanhola da 5.ª edição alemã, I, § 58.º, II, 6, 356; RICCA-BARBERIS, numa alusão um tanto indirecta a este mesmo aspecto do problema olhado pelo prisma da quase inevitável *prevenção* do juiz contra a parte que não aceitando as suas propostas conciliatórias «o constrange a um trabalho e responsabilidade que ele de bom grado evitaria», como decorre do *Parecer da Universidade de Turim*, acerca do artigo 161.º do *Projecto Preliminar do Código*

sério, nem levantar problemas ou dificuldades de ordem teó-

de Processo Italiano do Ministro SOLMI — parecer esse subscrito por aquele conhecido processualista e publicado nas *Osservazioni e Proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, ed. do Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1938, ano XVI, II, 172; e por último, quanto ao nosso direito histórico, a já mencionada nota 27 da p. 45). — E reside ainda, por outro lado, em os julgadores deverem evitar a muito mais grave suspeição da sua *parcialidade secreta* para com um dos litigantes: — o qual, através de uma conciliação de base transactiva (ou seja com concessões recíprocas), que é a normal dos nossos tribunais, acabaria por lograr o reconhecimento parcial da sua porventura injusta pretensão no processo («um meio-ganho de causa», como diz impressivamente BENTHAM na sua famosa *De l'Organisation judiciaire et de la Codification*, obra editada por DUMONT, Paris 1828, 176 ss., sobre uma publicação do mesmo famoso autor feita em Inglaterra em 1791, como decorre do Prefácio, pp. I e VII); quando, através de uma sentença que apreciasse com rigor os direitos de ambas as partes, o juiz teria necessariamente de dar razão e pleno triunfo de causa precisamente ao litigante contrário. — Vid. neste último sentido, além do mencionado BENTHAM (*ibidem*) e de MEYER (*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris 1823, IV, 364 ss. e 273 ss., e V, 563 ss. e 572), vários outros autores franceses e italianos, antigos e modernos, como PONT (*Explication du Code Napoléon*, tomo IX — *Des petits contrats*, tomo II, Paris 1867, 220), VALSECCHI (*Il giuoco e la scommessa — La transazione*, Milão 1954, XXXVII, tomo II do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, de CICU e MESSINEO, 145) e o mencionado RICCA-BARBERIS (*ibidem*), os quais todos falam muito impressivamente a este propósito em «extorsão», «iniquidade» e «vexação» de um dos litigantes (o que tivesse plena razão) pelo outro (porventura temerário) e até em «denegação de justiça» por parte dos tribunais; — aludindo explicitamente a este último aspecto quer BENTHAM (*o. c.*, 176), quer MEYER (*o. c.*, V, 568, 573, e 574), quer RICCA-BARBERIS (*o. c.*, 172), bem como (sobretudo os dois primeiros destes autores) à mencionada hipótese de *parcialidade secreta* do julgador, como alguns dos motivos que os levaram a repudiar enèrgicamente (e aqui de um modo muito especial os dois últimos), a adop-

rica e prática de relevo apreciável⁽⁵⁾. Atentos, por um lado,

ção de toda e qualquer modalidade de tentativa obrigatória de conciliação, quer preliminar perante o juiz de paz, quer sobretudo no decurso da causa perante o próprio juiz do processo.— E veremos oportunamente que o primeiro e mais famoso de todos estes autorizados juristas (BENTHAM), sob a aparência de uma tenaz oposição à ideia da conciliação como instituto que visava abolir de todo em todo o recurso aos tribunais, acabou todavia por enunciar a tal propósito alguns critérios francamente *positivos e construtivos* que, quanto a nós, contribuíram de modo decisivo para marcar o rumo da curiosa evolução que este delicado instituto veio ulteriormente a sofrer em vários países, a começar pela própria França (e porventura até no nosso direito e na nossa doutrina), no sentido jurisdicionalístico (de *arbitragem de equidade* não vinculativa) que hoje e de há muito lhe atribuem (embora por vezes de modo indirecto e algo hesitante), a doutrina e as principais legislações modernas.— E sobre a muito provável (se não quase certa) influência do famoso filósofo-jurista inglês na modelação da conciliação no nosso direito pelos primeiros legisladores liberais, vid. *infra*, pp. 116-119 nota 138.

(⁵) Mas cumpre quanto ao primeiro dos aspectos focados na nota anterior (a pretensa fuga ou subtracção dos juizes ao trabalho e responsabilidade da elaboração de uma sentença de mérito), desde já sublinhar, para a justa interpretação e compreensão desta conduta aparentemente tão pouco curial, se não mesmo altamente condenável, de alguns dos nossos juizes no período histórico-legislativo a que nos reportamos no texto (por ser o único aspecto que nos pareceria legítimo equacionar, em face da reconhecida integridade intelectual e moral da nossa Magistratura), que os tribunais portugueses se encontravam no período em referência (nos anos imediatamente antecedentes à promulgação da vigente legislação processual e judiciária) extremamente sobrecarregados de trabalho, em confronto com os tribunais de algumas das principais nações europeias com organização processual e judiciária mais ou menos afim da nossa, nomeadamente os tribunais italianos, franceses, espanhóis, alemães e ingleses.— Tendo nós próprios apurado, através de um minucioso estudo de estatística judiciária comparada, elaborado em 1955 (cuja revelação ao nosso meio jurídico

o larguíssimo favor que a doutrina e as legislações processuais

e político responsável, no sentido de se dar a este crucial problema da nossa organização judiciária *absoluta prioridade* em relação aos problemas também candentes e já em estudo da reforma do processo, constituiu um dos principais objectivos da nossa já referida *Comunicação* à «Secção Política» do «IV Congresso da União Nacional», cit. *supra*, 3, nota 2 — tendo nós apurado, repete-se, que havia a esse tempo juizes portugueses que conduziam e decidiam anualmente quatro vezes mais processos do que os máximos, considerados em Itália pelos autores mais eminentes verdadeiramente incomportáveis, («torrenciais», «inverossímeis», «que ultrapassam todos os limites de abnegação», como se lê nos *Atti dell'«Incontro» fra Magistrati, Professori Universitari e Avvocati per lo studio del tema «Il Giudice Istruttore nel Processo Civile»*, realizado em Milão, em 11 e 12 de Junho de 1955, ed. Giuffrè, 1955, 6, 11 e 34, respectivamente), dos processos a essa data instruídos e decididos pelos juizes italianos. — Radicando essa extraordinária acumulação de serviço nos nossos tribunais na convergência de várias ordens de factores, entre os quais, em nosso entender, sobressaíam: — por um lado, a supressão de 37 comarcas levada a efeito pelo Decreto n.º 13 917, de 9 de Julho de 1927, precisamente quando se iniciara já entre nós o importante movimento de Reformas processuais referido no texto (vid. *infra*, 17 e 89), que introduziu e deu maior impulso ao processo publicístico, oral e imediato no nosso sistema legislativo, o qual implicando considerável aumento dos poderes e iniciativas dos juizes, sobretudo em matéria instrutória, só por si lhes exigia maior dispêndio de tempo e de energias; — por outro, o extraordinário acréscimo de movimento judiciário verificado a esse tempo no nosso país. Sucedendo que no quinquénio de 1950-1955, sobre que principalmente incidiu essa nossa primeira pesquisa estatística, (posto que noutro trabalho intitulado *Reflexões sobre o problema da oralidade e questões conexas nas últimas reformas do processo civil em Portugal* — Conferência proferida no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra, em Julho de 1961 — demos conta dos dados estatísticos recolhidos posteriormente àquele referido período, que aliás corroboraram e até em grande parte reforçaram as nossas primeiras conclusões, mesmo em relação aos Tribunais Superiores), em confronto com o sextiénio ante-

modernas em geral dispensam à composição amigável dos lití-

rior à promulgação do Estatuto Judiciário de 23 de Fevereiro de 1944 (Dec.-Lei n.º 33 547) e com o movimento do ano anterior à promulgação do Decreto n.º 37 047, de 7 de Setembro de 1947 (últimos diplomas que até ao momento da elaboração daquela nossa referida publicação haviam atacado directa ou implicitamente o importantíssimo problema da nossa divisão comarcã, estabilizando praticamente entre nós, em relação a esse tempo, o número de juizes e de tribunais) — sucedendo que no referido quinquénio, repetimos, o volume de processos aumentara no Distrito Judicial de Coimbra em mais do dobro (114,6 %), mantendo-se inalterado, a partir do mencionado Decreto n.º 37 047, o número de tribunais e funcionários de justiça; e no Distrito Judicial do Porto em cerca de 80 % (rigorosamente 78 %), tendo o funcionalismo judiciário (ou seja o número de magistrados) aumentado nesse mesmo período de tempo em muito escassa medida (apenas 9 %).

Sobre este impressionante acréscimo de movimento judiciário e sobre a dramática situação então vivida por muitos dos nossos juizes (alguns dos quais, como os dos Juizes Cíveis do Porto, chegaram a ter sob sua directa responsabilidade em cada ano cerca de 2 500 processos, havendo um tribunal — Vila da Feira — que atingiu no ano de 1954 a quase inconcebível cifra de 3 173 processos em movimento para um só juiz) — a que todavia as últimas medidas legislativas entre nós tomadas em matéria de Organização Judiciária muito louvavelmente procuraram acudir (com a criação de novos tribunais, o desdobramento de alguns dos já existentes e a nomeação de juizes auxiliares para descongestionamento daqueles outros que se encontravam mais sobrecarregados de trabalho), vid. o *Resumo* daquela nossa referida *Comunicação*, publicado com o mesmo indicado título de *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo* em separata a inserir no volume I dos *Resumos* («Secção Política») de todas as *Comunicações* apresentadas ao referido Congresso (edição de Lisboa, de 1956), e sobretudo o texto integral dessa mesma *Comunicação* (presentemente no prelo), o qual virá a público logo após a publicação deste ensaio. — E acerca dos referidos máximos apontados pelos autores italianos (o caso de alguns juizes instrutores que tiveram de dirigir contemporaneamente num só ano cerca de 500 processos e de proferir 286 sentenças) e da imediata reacção do

gios no decurso do processo por iniciativa oficiosa do próprio

Governo italiano aos votos expressos quer pelo referido «*Incontro fra Magistrati, Professori Universitari e Avvocati per lo studio del tema «Il Giudice Istruttore nel Processo Civile»*», realizado, como já dissemos, em Milão, de 11 a 12 de Junho de 1955 (cit. ed. Giuffrè 1955), quer pelo *III Congresso Nazionale Giuridico Forense*, realizado em Trieste, em 25 de Setembro do mesmo ano — no sentido de serem aumentados rápida e substancialmente os quadros de juizes e de funcionários de justiça em Itália — vid. as medidas por aquele Governo, passado pouco mais de um ano, adoptadas com o Decreto de 23 de Fevereiro de 1957, que criou de uma só vez 150 novos juizes (10 de Cassação, 20 de Apelação e 120 de Primeira Instância), 500 funcionários de secretaria e um quadro de 500 dactilógrafos judiciais. — E vid. ainda a este mesmo propósito não só a insistência e o vigor com que as Ordens judiciária e forense italianas continuaram a pugnar pelo reforço do indicado aumento (bem expressos nas *Relazioni Ufficiali del IV Congresso Nazionale Giuridico Forense*, realizado em Bolonha, em Setembro de 1957, Milão — Giuffrè — 1958, 218 ss. e 225); como e sobretudo a profunda consciencialização dos poderes públicos e políticos italianos quanto à justiça e urgência de tal reivindicação, traduzida na «proposta apresentada pelo Governo e aprovada pelo Parlamento», em 1962, de ser «aumentado em 1 200 unidades o corpo dos juizes ordinários» (cf. ANDRIOLI, *Intorno alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, na *Riv. Dir. Proc.*, I, 1962, 80 ss.). — Sendo de sublinhar que, em quase imediata concretização desse volumoso e impressionante acréscimo de quadros judiciários, já foram promulgados em Itália vários diplomas legislativos (*Leis* de 4 de Janeiro e de 9 de Fevereiro de 1963, e de 6 de Julho de 1964; — e *Decretos* de 31 de Dezembro de 1963 e de 21 de Junho e 21 de Julho de 1964), todos referidos por TARZIA, na *Riv. Dir. Proc. — Rassegna di legislazione* — I, 1964, 99 e 1965, 93, e por PEDACE no *Novissimo Digesto Italiano*, XII, voc. *Ordinamento Giudiziario*, 16 ss.: — e entre os quais se destaca, pelo seu inegável significado como tentativa de *revitalização* da função jurisdicional do Estado no mundo Latino, a abertura da carreira da Magistratura Judicial, até então reservada em Itália apenas aos indivíduos do sexo masculino, também às *mulheres italianas*, «sem limitações de cargos e de desenvolvimento da carreira, salvos os requi-

órgão jurisdicional, bem como à arbitragem privada (sobre-

sitos estabelecidos pela lei» (cit. *Lei de 9 de Fevereiro de 1963*, referida por TARZIA, *Riv. cit.* I, 1964, 99 e por PEDACE, *Novissimo Digesto*, v. cit., n.º 23, p. 27).

Quanto ao movimento judiciário francês, inglês, alemão e espanhol relativo aos anos em referência e também consideravelmente inferior ao nosso, confronte-se, respectivamente: — a *Compte Général de l'administration de la Justice Civile et Commerciale et de la Justice Criminelle*, Ministère de la Justice, Melun, Imprimerie Administrative; a *Judicial Statistics, England and Wales, Civil Judicial Statistics*, London, Her majesty's stationery office; a *Deutsche Richterzeitung — Organ des Deutschen Richterbundes*, Köln-Berlin, Carl Heymans Verlag; e finalmente o *Anuario Estadístico de España* — Presidencia del Gobierno, Instituto Nacional de Estadística.

E que se nos permita observar que os algo surpreendentes dados de estatística nacional e comparada entre nós revelados nos nossos dois indicados estudos a que acabamos de aludir foram em grande parte (e bem explícita e desvanecedoramente) tomados para base de uma oportuna «intervenção» do Deputado pelo Circulo de Coimbra, AUGUSTO DUARTE HENRIQUES SIMÕES, na Assembleia Nacional, acerca da *Proposta de Lei n.º 10 sobre Organização Judiciária* publicada nas *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 11, da VIII Legislatura, de 5 de Fevereiro de 1962 (intervenção essa integralmente reproduzida no *Diário das Sessões* da Assembleia Nacional, de 9 de Março de 1962, VIII Legislatura, Sessão n.º 42, de 8 de Março, p. 957 ss.); como os resultados constantes do primeiro deles (a mencionada *Comunicação* ao «IV Congresso da União Nacional»), já, aliás, o haviam sido em relação a um pedido de «aviso prévio» do Deputado pelo Círculo de Lisboa TITO CASTELO BRANCO ARANTES, (também reproduzido no mencionado *Diário das Sessões*, VI Legislatura, Sessão n.º 184, de 7 de Março de 1957, p. 309, e Sessão n.º 294, de 23 de Abril do mesmo ano, p. 723).

Mas não deixe ainda de se salientar, além deste chocante paralelo (que só por si já levaria a atenuar consideravelmente o juízo, sem dúvida pouco lisonjeiro, que esta conduta dos nossos juizes à primeira vista poderia suscitar e merecer), que uma das medidas legislativas adoptadas pelo Governo alemão da 1.ª Grande Guerra de 1914-1918

tudo irritual) e institutos afins ⁽⁶⁾; por outro e fundamental-

para aliviar os tribunais alemães do excesso de trabalho provocado pelo vário condicionalismo dessa tremenda conflagração mundial, consistiu precisamente em tentar incrementar as conciliações, sobretudo nos processos dos tribunais distritais (*Amtsgericht*): — determinando que o *poder* até então concedido ao juiz de intentar a composição amigável dos litígios (ou de pontos litigiosos particulares) em qualquer estado e momento do processo, se convertia no *dever* de promover a tentativa conciliatória antes do começo da discussão oral. (Vid. em especial neste sentido o § 18.º do Decreto para descongestionamento dos tribunais — *Bekanntmachung des Bundesrats zur Entlastung der Gerichte*, de 9 de Setembro de 1915; e em sentido paralelo o § 6.º do Decreto de 20-5-1915, o § 14.º do Decreto de 3-6-1916 e por último o § 7.º b do Decreto de 23-9-1918, todos citados por KRETSCHMAR, 213, nota 2, no seu notável, embora pouco conhecido ensaio *Zur Prozessvergleichslehre*, publicado na *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 2.ª Série, v. 33, Iena 1920, ou v. 69 da *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 212-282, e em parte por KÜSTNER no seu também muito importante estudo *Zur Frage des Güteverfahrens*, publicado no *Archiv für die civilistische Praxis*, v. I da Nova Série, 1923, ou 121 de toda a Série, 226 ss.).

(⁶) Com efeito, salvo alguns raros casos em que os autores e legisladores dos dois últimos séculos se opuseram em princípio à consagração legislativa desta modalidade da composição amigável nos Códigos processuais modernos: — como sucedeu, entre os primeiros, com MEYER, em relação ao exemplo concreto da Ordenação judicial geral dos estados prussianos (*Preussische Allgemeine Gerichts-Ordnung*) de 6 de Julho de 1793, em cuja crítica parece terem prevalecido nítidas razões de ordem política ao lado de razões de ordem puramente técnica (vid. *o. c.*, IV, 375 e V, 272 ss.), e com PISANELLI e VACCA, em relação à proposta da consagração do mesmo instituto no *Projecto* e no texto definitivo do Código de processo italiano de 1865, de que, como Ministros da Justiça do tempo, foram os mais directos impulsionadores e responsáveis (vid. os *Relatórios* destes dois importantes projecto e diploma legislativo italianos, reproduzidos por SCAMUZZI in *Il Digesto*

mente, (à parte algumas outras considerações e razões algo

Italiano, v. VIII, Parte I, 65 e 66, e o último também por BORSARI no seu *Il Codice Italiano di Procedura Civile annotato*³, Nápoles-Roma 1872, 15-40 e *infra* Parte II, Cap. 1); — e entre os segundos, com ALLORIO, na discussão do já citado artigo 161.º do *Projecto Preliminar Solmi*, de que resultou o artigo 185.º do vigente Código de processo italiano, o qual declarou temer que o juiz como conciliador exercesse forte pressão sobre as partes tornando-se em verdadeiro «déspota da causa» (cfr. *Osservazioni cit.*, II, 169), e com o caso isolado do legislador processual brasileiro de 1939 (que não consagrou qualquer forma de conciliação, nem preliminar nem no decurso da instância, no Código de processo naquele ano promulgado); — com efeito, insistimos, salvo alguns raros casos, como os apontados, pode dizer-se que, dum modo geral, a doutrina e as mais progressivas legislações processuais dos dois últimos séculos têm sido praticamente unânimes na consagração positiva e no elogio por vezes encomiástico da bondade intrínseca e do largo alcance político-jurídico e ético-social do instituto da conciliação judicial no decurso do processo confiada à *iniciativa oficiosa do respectivo juiz*. — Assim, ao lado da mencionada e célebre *Preussische Allgemeine Gerichts-Ordnung* (A. G. O.), promulgada por Frederico Guilherme II, na data acima indicada, de 6 de Julho de 1793 (B. 1, Tít. II, § 2.º), que tão larga influência veio a exercer, entre outras, sobre as legislações alemãs e austríacas posteriores e ainda hoje em vigor (vid. *infra*, 51 s. e nota 36), cumpre citar: — a Lei de processo civil austríaca, de 1815; a Lei sobre a organização judiciária de Genebra, de 15 de Fevereiro de 1816 (Tít. VI), modificada em 5 de Dezembro de 1832 (Tít. VI, arts. 77.º a 84.º), ambas da autoria do famoso processualista BELLOT; o Código de processo civil holandês de 1838 (art. 19.º); duas Leis processuais francesas, relativas à disciplina da chamada «*pequena conciliação*», de 25 de Maio de 1838 (art. 17.º) e 2 de Maio de 1851 (art. 17.º), respectivamente; o Código de processo civil italiano de 1865, em relação aos pretores e aos conciliadores (arts. 417.º e 464.º); o Decreto de 27 de Agosto de 1913 (art. 6.º) que instituiu em Itália, embora pelo fugaz período de pouco mais de um ano, o sistema do juiz único (art. 6.º); a Lei e Decreto de 15-20 de Setembro de 1922 (art. 5.º, última parte) e o vigente Código de processo italiano de 1940 (art. 185.º); a Ordenação processual civil

impressivas e pertinentes ligadas inclusivamente à nossa pró-

alemã (Z. P. O.) de 1877 (cits. §§ 268 e actuais §§ 296 e 349) e várias outras leis posteriores que lhe aumentaram o âmbito de aplicação, nomeadamente as já referidas Leis de desagravo dos tribunais, de 9 de Setembro de 1915, § 18 e as outras acima citadas (*supra*, 11 nota 5) e a Reforma de 13 de Fevereiro de 1924 (§ 349); a Ordenação processual civil austríaca (Z. P. O.) de 1895 (§ 204); a Ordenação processual civil húngara de 1911 (§ 423), reformada em 1923; uma Ordem de serviço para os tribunais municipais de Württemberg, de 19 de Janeiro de 1911 (§ 25, n.º 2), integralmente reproduzida por KÜSTNER, no seu mencionado estudo *Zur Frage des Güteverfahrens*, 227 (vid. nota anterior); as também supramencionadas Reformas do Código processual francês de 20 de Outubro de 1935 e do Decreto n.º 581 289, de 22 de Dezembro de 1958 (*supra*, nota 3); o Código processual civil e penal sueco, de 18 de Julho de 1942 (entrado em vigor, após uma longa *vacatio*, em 1 de Janeiro de 1948), visivelmente inspirado no austríaco, neste como em muitos outros aspectos da sua moderna estrutura processual (como elucidam, entre outros, ERIC BURTIN, *Les Tribunaux et la Procédure en Justice du Royaume de Suède*, Paris 1948, 385 ss., FAIRÉN GUILLÉN, *El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*, in *Rev. Der. Proc.*, Madrid 1950, 8 e OLOF EKELÖF, *Il Processo Svedese*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, 12 ss. e 17 ss., o Código do Estado da Cidade do Vaticano de 1 de Maio de 1946 (arts. 214.º e 244.º) e o Código federal suíço de 4 de Dezembro de 1947 (art. 73.º). E entre os mais notáveis e conhecidos projectos legislativos, quer antigos, quer modernos, que consagraram este mesmo instituto, podem também citar-se: — os *Projectos italianos* de ORLANDO de 1909 (art. 12.º), publicado na *Riv. Dir. Civ.*, I, 548; de CHIOVENDA de 1919 (art. 63.º), publicado sob o título de *La riforma del procedimento civile, proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, ed. Jovene (Nápoles 1920); de MORTARA de 1923, que neste ponto se reporta à citada Lei e Decreto italiano de 15-20 de Setembro de 1922 (art. 5.º), em grande parte da sua autoria, como resulta do *Relatório* do mesmo referido projecto, editado sob o título *Per il nuovo Codice della Procedura Civile — Riflessioni e Proposte* (Turim 1923), n.º x, 30; de CAR-

pria tradição legislativa (de um quase meio milénio) nesta

NELUTTI, também conhecido por *Projecto Rocco*, de 1926 (art. 216.º); de REDENTTI de 1934, igualmente conhecido por *Projecto De Francisci* (expressamente referido no importante escrito deste eminente autor intitulado *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile, Estratto dagli Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, Pavia 1935, XIII, 7-8); de SOLMI de 1937 (arts. 161.º e 182.º), ed. do Ministero di Grazia e Giustizia — *Codice di Procedura Civile — Progetto Preliminare e Relazione*, Roma (Istituto Poligrafico dello Stato) 1937, xv, 75 e 85; o *Projecto de revisão do Código de Processo Civil belga* de ALLARD de 1869 (arts. 21.º, 22.º e 23.º), citado por MATTIROLO, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, I, 12 e 149 nota 3; o *Projecto francês da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil de 1954* (*Project portant révision du Code de Procédure Civile, da Commission de Réforme du Code de Procédure Civile*, Recueil Sirey, Paris 1954 — art. 155.º); o *Projecto argentino* de TOMÁS JOFRÉ de 1926 (art. 59.º, alínea a)); o *Projecto uruguaio* de COUTURE de 1945 (arts. 84.º ss.) ; o *Projecto de um Sistema de una Ley Procesal Civil Hispano-Americana* de GUASP de 1955 (Conclusão 46, p. 126 das *Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal*, realizado em Madrid, de 14 a 19 de Novembro de 1955) e também reproduzido pela mencionada *Revista de Derecho Procesal — Publicacion ibero-americana y filipina*, 1956, segunda época, n.º 1, Secção de *Estudios legislativos*, 70; e, por último, o recentíssimo *Anteprojecto de Código de Processo Civil brasileiro* de ALFREDO BUZOID, Rio de Janeiro 1964 (arts. 485.º e 488.º), que assim retoma no Brasil a tradição da tentativa conciliatória latina e portuguesa, sob a moderna forma da tentativa judicial oficiosa no decurso do processo.

Por sua vez, entre as legislações e projectos legislativos que consagram a conciliação judicial oficiosa, embora apenas no começo da causa, podem citar-se: o Édito de Genebra de 1713, o Código processual sueco de 1734 (citados por SCAMUZZI, *o. c.*, n.ºs 12 e 17, pp. 60 e 61, e o último também por BURTIN e EKELÖF, *obs. últimamente cits.*, 384 e 13, respectivamente), e bem assim o cit. *Anteprojecto de um Código de processo civil francês* (*Avant-project d'un Code de Procédure Civile*), proposto pela Comissão da Reforma do Processo da Asso-

aliciante e delicada matéria, que a seu tempo serão explana-

ciação Nacional dos Advogados Inscritos, precedido dum *Relatório* de M. JEAN APPLETON, ed. DALLOZ, Paris 1934 (arts. 8.º e 72.º).

Mas cumpre ainda e desde já também sublinhar que, em flagrante contraste com esta extraordinária expansão doutrinal e histórico-positiva da conciliação judicial confiada ao juiz da causa, a primitiva forma da tentativa de conciliação preliminar obrigatória criada pela primeira Constituinte Francesa, pela Lei de 16-24 de Agosto de 1790, foi perdendo constantemente terreno quer na doutrina, quer nas legislações: — o que levou CUCHE, *Précis de Procédure Civile et Commerciale* (Paris 1937), 234, a afirmar expressiva e quase profeticamente, em relação ao vigente direito francês, que a história desta modalidade da conciliação se traduz na «história duma grande esperança fracassada». E, com efeito, numerosos e eminentes autores de vários países combateram àsperamente, desde começos do século passado, o mencionado carácter *obrigatório* da tentativa preliminar conciliatória: — como BENTHAM na Inglaterra (*o. c.*, 173 ss.), MEYER na Holanda (*o. c.*, IV, 373 ss. e V, 569 ss.), BELLOT na Suíça (*o. c.*, 18 e nota 2), FEUERBACH na Alemanha e ALLARD, na Bélgica (estes dois últimos autores citados por MATTIROLO, *o. c.*, 145 nota 3), sem excluir os também numerosos autores franceses e italianos, como BONCENNE (*Théorie de la Procédure Civile*, Bruxelas 1839, tomo I, cap. 12, 91 e 92); BOITARD (*Code de Procédure Civile — Leçons de Procédure Civile* de FEU BOITARD, publicadas por G. LINAGE, tomo I, Bruxelas 1840, 44 s.), LEPAULE (*La Justice*, Paris 1934, 17 ss.) e PISANELLI e VACCA (apud SCAMUZZI, *o. c.*, 65 e 66), que igualmente a repudiam; o que levou a que este instituto passasse a revestir nalguns destes mesmos países natureza meramente facultativa, como, entre outros, nos supra mencionados sistemas processuais genebrinos de 1816 e 1832, nos Códigos processuais italianos de 1865 (art. 464.º) e de 1940 (art. 320.º), nas Ordenações processuais alemã (Z. P. O.) de 1877 (§§ 296 e 349) e austríaca (Z. P. O.) de 1895 (§ 204), e no nosso próprio Código de 1939 (art. 476.º): — tendo este importante movimento doutrinal e legislativo culminado com a recente (e quase diríamos espectacular) e formal condenação da conciliação preliminar obrigatória na própria França, sua principal pátria de renovação nos tempos modernos, pela total abolição deste instituto por uma Lei de 1949, que assim encerrou na história

das) (7), a expressa consagração do preceito e directiva legal

do direito francês dos dois últimos séculos o seu por vezes tão conturbado ciclo de vida de 159 anos. Vid. neste sentido SOLUS, *Le réforme della procedura civile francese*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 14 ss., o qual informa ter esta modalidade da conciliação sido também abolida na Bélgica e no Grão Ducado do Luxemburgo (*o. c.*, 22).

E note-se que foi também em idêntico sentido a evolução operada recentemente nesta matéria na Alemanha Federal com a abolição, pela *Novela de 1950*, da tentativa conciliatória preliminar e obrigatória perante o *Amtsgericht* (dos §§ 495 e ss. da Z. P. O.), criada pela já citada e importante Reforma de 13 de Fevereiro de 1924; mantendo-se todavia em pleno vigor, como informa SCHÖNKE, donde colhemos esta notícia (cit. *Zivilprozessrecht*^r, Karlsruhe 1951, 337 ss.), a tentativa judicial oficiosa no decurso da causa perante esse mesmo tribunal (§ 495, II). E sendo ainda de sublinhar que o nosso legislador processual de 1961 trilhou também resolutamente este moderno caminho, eliminando radicalmente do texto do novo Código de 1961 a tentativa preliminar conciliatória, mesmo a título facultativo, como já vinha da legislação anterior (citado art. 476.º do Código de 1939), por a considerar, com sentido progressivo e bem realístico digno de louvor, «um instituto obsoleto» (vid. a já citada *Lei Preambular* do Código vigente, *o. c.*, 15 e *supra*, 2 nota 2).

(7) Queremos aludir em especial à tendência de boa parte da doutrina portuguesa do século passado para considerar a conciliação como uma instituição eminentemente nacional; — por terem os autores, em geral, clara consciência de que fomos presumivelmente o primeiro país europeu, senão até mundial, que a consagrou na sua configuração moderna na célebre *Ordenação e Regimento de D. Manuel I*, de 25 de Janeiro de 1519, que criou no nosso direito positivo os «Avindores ou Concertadores de demandas». — Razão por que DUARTE NAZARETH (*Elementos de Processo Civil*, 2.ª Parte, Coimbra 1857, Nota final da Secção 1.ª, p. 20) a designou «tão nossa, tão portuguesa»; e por que o Deputado liberal PEREIRA DO CARMO, na discussão do art. 162.º do *Projecto de Constituição de 1821*, que visava a introdução da tentativa de conciliação preliminar obrigatória no nosso direito liberal — sob evidente inspiração da já citada Lei da 1.ª Constituinte Francesa de 16-24 de Agosto de 1790

que entre nós, desde os primeiros momentos do nosso importante movimento de reformas processuais deste século (iniciado auspiciosamente⁽⁸⁾), como todos sabem, com o Decreto n.º 12 353, de 22 de Setembro de 1926), começou por conceder ao juiz a faculdade, acabando por lhe impor até a obrigação⁽⁹⁾,

e da Constituição de Cádiz de 1812 (vid. *supra*, 15, nota 6 e *infra*, 52, nota 38), já defendera a consagração deste instituto, com o argumento de que ele revestia «certo sabor português» que (salientava o mesmo autor) «muito convinha *sobressaísse* em tudo quanto *manasse* deste Congresso» (*Diário das Cortes Gerais, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, 1822, v, 121). — Para maiores desenvolvimentos sobre este aliciente aspecto da posição do tema em análise no nosso antigo direito, vid. também ABEL MARIA JORDÃO, nos *Annaes da Sociedade Jurídica* (Lisboa 1835, n.º 5.º, 144 ss.) o qual, reproduzindo na íntegra o texto do citado e importante *Regimento* de 1519, sustentou que, quanto a este instituto, nos antecipamos em vários séculos à legislação francesa revolucionária («Portugal foi muito adiantado da França», lê-se na p. 145), e que por esse motivo aquele nosso diploma seiscentista se deve tributar de verdadeiramente «glorioso»; e vid. igualmente o texto integral desta nossa notável *Ordenação e Regimento* de D. Manuel I, reproduzido *infra* Parte II, Cap. I.

(8) Vid. *infra*, 89 texto e nota 80 e 183, p. 137.

(9) Com efeito, tanto no Decreto n.º 12 353, de 22 de Setembro de 1926, como no Decreto n.º 21 287, de 22 de Maio de 1932 (citados a seguir no texto), a tentativa judicial de conciliação era meramente facultativa; todavia, no Código de Processo Civil de 1939, a despeito de a Comissão Revisora do *Projecto de Alberto dos Reis* de 1936 se ter pronunciado no sentido de se dever manter o carácter facultativo deste instituto (tal como decorria do art. 450.º do mencionado *Projecto*), veio a ser-lhe atribuída, quase inexplicavelmente, natureza obrigatória, como resulta do teor do art. 513.º do mencionado Código, carácter que se manteve no art. 509.º do Código vigente (vid. neste sentido ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, III, 175 e a *Acta* n.º 20, da mencionada Comissão Revisora, publicada na *Rev. Ord. Adv.*, 1946, n.ºs 3 e 4, 318 ss.).

de tentar officiosamente a conciliação das partes no começo da audiência preparatória ou em qualquer outro momento da instância em que essa tentativa se lhe afigurasse oportuna (arts. 28.º, n.º 4 do citado Decreto n.º 12 353; 15.º, n.º 4 do Decreto n.º 21 287, de 22 de Maio de 1932; 513.º e § único do Código de Processo Civil de 1939 e 509.º do Código processual vigente).

Num segundo momento, porém, a um exame um pouco mais detido da questão (e dentro duma visão complexiva dos meios de tutela privada, preventiva e repressiva⁽¹⁰⁾ do direito, que sob a tríplice perspectiva histórica, lógico-racional e ideológica, resume com máxima amplitude os momentos culminantes e mais contrastados da sua formação e assaz caprichosa evolução)⁽¹¹⁾, o problema da composição amigável dos litígios (actuais, iminentes ou simplesmente potenciais) e em especial o fenómeno hodierno do intenso recrudescimento de interesse da prática forense e da política legislativa pelas soluções transactivas, conciliatórias e arbitrais⁽¹²⁾ (já verifi-

(10) Que se indicarão *infra*, notas 12 e 213, pp. 19-22 e 170-176, Parte II.

(11) Acerca da grande multiplicidade e variedade de soluções que o instituto da conciliação tem revestido nos sistemas legislativos dos dois últimos séculos, e das profundas vicissitudes que sobretudo a conciliação preliminar obrigatória sofreu no direito francês, alemão e português, desde a sua vibrante defesa e introdução naquele país, na época revolucionária (e entre nós no período liberal), até à sua completa e drástica eliminação pela já mencionada e recente Lei francesa de 1949, pela *Novela* alemã de 1950 e pelo nosso Código de Processo de 1961, vid. *supra*, nota 6, pp. 15-16 e *infra* Parte II, Cap. II.

(12) Importa, com efeito e desde já também salientar, pela importância que o facto em si mesmo reveste para a *perspectiva dogmática* que nos propomos desenvolver no presente ensaio—da natureza de arbitragem de equidade não vinculativa da conciliação judicial moderna—, que um dos institutos afins da composição amigável dos litígios que mais se generalizou nos últimos tempos, situando-se fundamentalmente

cado, aliás, noutras épocas e noutros sistemas de direito posi-

na mesma linha de pensamento que levou à grande expansão doutrinal e jurídico-positiva daquela mencionada modalidade da conciliação (como decorre do que se expôs na nota 6), foi precisamente a figura da arbitragem privada (com especial relevo para a chamada *arbitragem de equidade, irritual, livre ou imprópria*) que já desde a Revolução Francesa aparece ao lado e em grande parte equiparada ao instituto da conciliação: — numa primeira fase, em relação à própria conciliação preliminar obrigatória perante o juiz de paz; e numa fase ulterior, mais evoluída e duradoira, em ordem precisamente à conciliação judicial no decurso da causa. — Sendo a este respeito deveras significativa a *assimilação* que vários autores franceses antigos e modernos fazem das duas ordens de figuras e conceitos jurídicos — arbitragem e conciliação: — a ponto de alguns destes autores, ao aludirem ao artigo 210.º da Constituição do ano III (que determina explicitamente que ao legislador se deve coibir de promulgar qualquer disposição que tendesse a diminuir quer o favor quer a eficácia dos compromissos), utilizarem este último vocábulo (*compromisso*) mas reportando-se directamente à *transacção* (vid., neste sentido, PONT, cit. *Explication du Code Napoléon*, tomo IX, *Des Petits Contrats*, tomo II, Paris 1867, 220); e chegando outros autores, na pretensa transcrição do teor verbal integral do referido preceito, a substituírem aquela primeira expressão («compromisso») por «transacção» (como claramente decorre de LAURENT, *Principes de Droit Civil*³, Bruxelas-Paris 1873, tomo 28, 328). O mesmo se passando em grande parte com a doutrina italiana, em relação à qual é particularmente frisante a este mesmo propósito (como melhor se verá — *infra* na Parte II, Cap. I deste ensaio), que o próprio Ministro DINO GRANDI que promulgou o famoso e vigente Código de Processo Civil italiano de 1940, tenha *assimilado* explicitamente a conciliação judicial do já citado artigo 185.º desse Código à *arbitragem de equidade* que, segundo o artigo 114.º do mesmo diploma legislativo, pode ser confiada ao próprio juiz da causa. — Vid. neste último sentido o notável Relatório (*Relazione al Re*) que acompanha o texto oficial do mencionado Código (edição do Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1941, n.º 8, 18), subscrito pelo referido Ministro GRANDI, mas cuja autoria já vimos atribuída à pena de outros autores italianos (cf. SENTIS

tivo de algumas das nações mais progressivas e de mais apurada

MELENDO, *La ley argentina 14 237. Facultades del Juez e materia probatoria*, in *Rev. Der. Proc. — Publicacion ibero-americana y filipina* — já citada, ano de 1956, 127, nota 7), e nomeadamente a CALAMANDREI.

E sobre a larga expansão deste instituto da arbitragem no direito positivo e na doutrina do presente século merecem especial referência os seguintes exemplos: — em primeiro lugar, o célebre *Tribunal Arbitral da Bolsa de Trieste*, apontado e a tal ponto exaltado pelos juristas italianos do começo do segundo quartel do presente século, que o *VI Congresso Nacional Forense*, realizado na referida cidade de Trieste, em Setembro de 1925, aprovou por unanimidade uma *Ordem do Dia* na qual considerando a óptima prova do juízo arbitral da Bolsa dessa mesma cidade e a *fé universal* de que é circundado pela «economia e rapidez do processo e pela equidade dos laudos informados pelas necessidades vivas do comércio», fez votos para que o regulamento desse juízo arbitral fosse recebido na legislação italiana e criados institutos semelhantes junto das maiores câmaras de comércio do país (Vid. neste sentido ASQUINI, *Il giudizio arbitrale presso la Borsa di Trieste*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, 4 ss.); e em segundo lugar o notável desenvolvimento do instituto da arbitragem na América do Norte e na Inglaterra, traduzido na enorme propaganda e preferência dada a este instituto nas esferas comerciais e industriais de ambos estes países desde as primeiras décadas deste século, de que nos dão pormenorizada notícia NICOLI (*L'arbitrato nella propaganda e nella pratica giudiziaria americana*, in *Riv. cit.*, 328 ss.) e SARFATTI (*L'arbitrato in Inghilterra*, mesma *Riv.*, 67 ss.). — Sendo de salientar, como nota particularmente vincada e relevante do sentido da evolução moderna deste instituto, que ele era e é na América considerado como uma *forma do processo judiciário*, uma *integração e não um concorrente* dos tribunais judiciais (Vid. NICOLI, *o. c.*, 328, nota 1 e 334); e que da mesma sorte a cláusula compromissória não constitui obstáculo às transacções, mas exclui, e bem, apenas aquelas a que a parte que tem presumivelmente razão podia ser arrastada para evitar as despesas e a eternidade de uma causa judicial (*ibidem*, 332).

E cumpre, ainda, e sobretudo sublinhar os numerosos e relativamente recentes estudos monográficos publicados em Itália, na França

civilização jurídica do mundo antigo e contemporâneo, sob a

e na Alemanha sobre a transacção, a conciliação, a arbitragem e os negócios declarativos em geral, os quais quase todos também *aproximam* a arbitragem das demais formas de composição convencional do processo (configuradas como *autocomposição* ou formas *mistas* de *auto* e *heterocomposição*), dando particular acentuação à importância daquela mencionada figura (sobretudo na referida modalidade de arbitragem *irritual*) na doutrina, na prática e nos sistemas legislativos contemporâneos; e considerando-a em geral uma «criação relativamente feliz», se não mesmo uma «genial criação da prática» (ASCARELLI) e da doutrina processual dos últimos tempos. (Cfr. neste último sentido, em relação ao direito italiano, por todos, CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1916, 374, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1924, 121 e *Arbitrato improprio*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1962, 196 ss.; ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in cit. *Riv.*, I, 1929, 308 e 340; FERRARA SANTAMARIA, *La Justizia privata*, Turim 1938, 135 ss.; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Turim 1939, 29 e 88; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Turim 1942, 155 ss.; e em relação ao moderno direito francês MOREL, *Traité élémentaire de Procédure Civile*, Paris 1949, 543, que também sublinha ter-se dado nos últimos tempos como que um renascimento de interesse por este instituto na prática e na legislação do seu país; o que quanto a este autor se explica pelo desejo de evitar as demoras e as despesas da justiça do Estado e porque nas matérias comerciais ou industriais «a arbitragem permite submeter o conjunto dos litígios a técnicos».

E não deve também deixar de se salientar, pelo seu relativo paralelismo com o pensamento exposto na nota 5, pp. 11-12, que esta moderna figura jurídica foi igualmente apontada pela voz autorizada de eminentes processualistas, entre os quais se destaca precisamente CARNELUTTI, como um dos remédios de que seria legítimo lançar mão para atenuar a grave crise judiciária desencadeada em Itália pela excessiva sobrecarga de trabalho dos juizes, resultante, na opinião deste último e eminente autor, da sua «insuficiência numérica» e até «qualitativa» — Vid. neste sentido o seu importante estudo *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1923, I, 58, os também já mencionados ASQUINI (*o. c.*, 4 e 19) e MINOLI (*o. c.*, 329) e por último NUSSBAUM, *Schiedsgericht*

influência de causas múltiplas e mais ou menos constantes que a seu tempo serão indicadas e apreciadas) ⁽¹³⁾, suscita,

als Mittel zur Entlastung der ordentlichen Gerichte, Recht und Wirtschaft, Berlim 1917, 67 (apud ASQUINI, *o. c.*, 4, nota 1).

Mas a culminar todo este forte movimento doutrinal e legislativo de interesse pelo instituto da arbitragem, cumpre aludir, por último, a dois recentes factos do maior alcance e transcendência como revelação do grande empenho da generalidade das nações civilizadas do nosso tempo pelo aperfeiçoamento, expansão e uniformização deste instituto quer no direito interno quer no plano do direito internacional.

Em primeiro lugar, a realização em Itália (em Junho de 1954) de um importante «Convénio Internacional para a Reforma da Arbitragem» (em Cadenabbia — Milão) no qual participaram numerosos e qualificados representantes de 25 nações (Vid. *Atti del Convegno Internazionale per la Riforma dell'Arbitrato*, Milão 1955, 30); — e em cuja *Moção de mérito* da «Secção de Direito Processual Civil», presidida por ALLORIO e tendo como relator o já mencionado MINOLI, figuram propostas da maior importância prática e dogmática, como a do n.º I em que se recomenda como objecto de estudo a seguinte inovação: «O reconhecimento explícito da arbitragem livre ou irritual, mas ao mesmo tempo a sua mais vigorosa disciplina, tanto sob o aspecto da forma da estipulação do relativo compromisso e cláusula compromissória, quanto mediante a introdução de uma acção de anulação da resposta arbitral (laudo) por *manifesta iniquidade*.

Em segundo lugar, a apresentação pela Câmara de Comércio Internacional às Nações Unidas de um projecto de convenção sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, que foi adoptado pelos 45 Estados que participaram na Conferência Diplomática realizada em New York, de 20 de Maio a 10 Junho de 1958, e conhecida pela *Convenção de New York de 1958*. — Convenção esta considerada «um instrumento de notável importância na história da arbitragem, enquanto assinala um substancial progresso no campo da justiça privada ao serviço das relações de troca internacional». (Vid. CUTRERA, *Gli arbitrati irrituali e la convenzione di New York 1958*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, 1105).

⁽¹³⁾ Aludimos em especial ao grande favor doutrinal e incremento

entre outras, duas ordens de questões fundamentais de inegável alcance teórico e prático, e tão fortemente imbricadas uma na outra e inter-relacionadas com os problemas centrais da Administração da Justiça (e em especial com o problema nuclear e ainda hoje actualíssimo, sobretudo no nosso sistema de direito positivo⁽¹⁴⁾), da delimitação dos poderes e deveres

prático dispensado às conciliações, por um lado, no direito canónico (sobretudo através dos institutos da *audientia episcopalis* e da *amicabilis compositio*) e até nos antigos direitos grego, romano e hebraico; e, por outro, ao verdadeiro surto de interesse pela expansão deste instituto e da arbitragem privada revelado, como já acentuámos (*supra*, nota 12, pp. 18-22), pela doutrina e pela legislação prussiana e francesa revolucionária, que tão larga influência vieram a exercer nos principais sistemas legislativos europeus e americanos sobretudo do século passado. (Vid. sobre aqueles vários direitos históricos, respectivamente: DE LUCCA, *La transazione nel Diritto Canonico*, Roma 1942, 7 a 10, 18 e nota 17, 19, 23, 25, 434, 115, e 223 ss.; VISMARA, *Episcopalis Audientia*, Milão 1937, 2 e nota 1, 5 e nota 4, 6 ss., 49, 51 e nota 2, 52 e nota 2, 53 ss., 104 e nota 2, 116 ss. e 158 ss.; MASI, *L'udienza vescovile nelle cause laiche da Costantino ai Franchi*, Modena 1939, 8 ss., 13 ss., 45 ss., e 105 ss.; BERTOLINI, *Della transazione secondo il Diritto Romano*, 19 ss., 89, 98 e 250 (cit. pelo autor seguinte); PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, Milão 1936, 133, 150, 154, 159, 161, 162 nota 10, 164 ss. 178, 305, 307, 309 e 342; BUŠEK, *Episcopalis audientia, eine Friedens und Rechtsgeschichtsbearbeitung*, na *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* XXVIII, Weimar 1939, 453, 454, 457, 458, 461 ss. e 471 ss.; SCAMUZZI, *o. c.*, n.º 9, 11, 12, 13 ss., 20 ss. e 30, pp. 3941 e 43; DALLOZ, *Repertoire*, XII, 35, e o nosso malgrado e culto processualista ROCHA PENIZ (*Elementos de prática formulária ou Breves ensaios sobre a praxe do foro português*, escritos no ano lectivo de 1807 para 1808, tomo I, Lisboa 1816, 32, nota a)), além dos numerosos autores franceses, italianos e alemães que nos números seguintes desta Primeira Parte da presente investigação, e especialmente nos Capítulos I e II da Segunda Parte serão citados e comentados.

(14) Porque a primeira e mais importante das duas recentes Refor-

do juiz no processo civil moderno, de que nos temos ocupado

mas da nossa legislação de processo civil, traduzida na promulgação do Código de 1961, teve como um dos principais, senão como seu principal motivo impulsionador a inegável *crise de desconfiança* na justiça dos nossos Tribunais (sobretudo dos Tribunais Colectivos de Primeira Instância), provocada, entre outras causas, pelo mau uso (ou até abuso) dos seus amplos poderes instrutórios e decisórios em matéria de facto. — Resultante, em grande parte, da muito deficiente *técnica legislativa* usada pelos legisladores de 1939, na enunciação, modelação e disciplina do princípio da livre apreciação das provas (art. 655.º do Código de Processo Civil nesse ano promulgado); — o qual, em conjugação com o então vigente e algo precário sistema de garantias judiciárias oferecidas pela nossa legislação processual civil, a partir do Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932, (ou seja, livre e íntima convicção do julgador mas *sem obrigação* — ou, pelo menos, sem qualquer possibilidade prática — de uma *motivação séria, exaustante e controlada*, por falta de uma objectiva documentação da prova, característica fundamental do nosso peculiar e inédito sistema de *oralidade pura* por aquele mesmo diploma introduzido em Portugal), levou os referidos tribunais a cairem num grave e vicioso sistema de *inversão* e de irremediável *salto lógico* no esquema tradicional (e ainda hoje universalmente adoptado) do silogismo ou polissilogismo judicial: — em virtude do qual, eram por vezes (quicá, segundo a opinião de alguns autores de incontestável autoridade, bastante frequentes vezes), dados como *provados* factos sobre os quais *nenhuma prova* se havia produzido nos autos e como *não provados* outros factos sobre que *incidira prova exuberante*. — Vid. no sentido da existência e extrema gravidade deste último defeito da nossa prática jurisprudencial — que nos levou a falar já em 1953 no nosso supramencionado *Curriculum Vitae* (citado *supra*, 4, nota 2), e mais insistente e documentadamente em 1956 na nossa também já várias vezes citada *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo* (cf. *supra*, 3, nota 2), de uma alarmante *crise judiciária* no nosso país — entre outros muitos e qualificados testemunhos que poderiam indicar-se, e em primeiro lugar:

— As próprias e incisivas considerações do então Ministro da Justiça ANTUNES VARELA, que promulgou a nossa vigente legislação pro-

em precedentes estudos — que se não pode lograr a com-

cessual. Ao afirmar no seu significativo *Discurso* proferido no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados de Lisboa, em 1957, sob o já mencionado título de *Revisão da legislação processual e problemas afins*, Separata do *Bol. Min. Just.*, n.º 65, — e significativo porque foi neste *Discurso* que pela primeira vez se delinearão e trouxeram a público os motivos e objectivos fundamentais da Reforma da legislação processual então em curso por iniciativa do próprio Ministério da Justiça (pela qual, de há vários anos a essa data, nós próprios vínhamos manifestando o mais vivo empenho e entusiasmo, sobretudo a partir da elaboração e apresentação do nosso mencionado *Curriculum Vitae* em 1953, e mais intensamente depois que por solicitação do nosso saudoso e eminente Mestre ALBERTO DOS REIS, na qualidade de encarregado da elaboração do Projecto de revisão do Código de Processo Civil de 1939, e do próprio Ministro ANTUNES VARELA, nos foi proporcionado o grato ensejo de emitir a nossa opinião e apresentar sugestões concretas sobre a reforma do citado diploma legislativo) — ao afirmar, repetimos: — que «o Tribunal Colectivo, cuja competência se acha adstrita à matéria de facto, não se cinge em muitos casos ao papel que a lei lhe quis atribuir»; e que «em lugar de responder desinteressadamente ao questionário, de harmonia com a prova produzida, e abstraindo das consequências que as respostas proferidas implicam no plano do direito aplicável, emite muitas vezes a resposta que melhor convém a uma solução pré-concebida, mas que não se coaduna com o resultado real das diligências probatórias efectuadas» (*ibidem*, p. 9); considerando esta deficiência da actuação do Colectivo (que impressivamente qualificava como uma instituição de «importância vital» ou verdadeira «pedra angular» do nosso sistema judiciário) «indício de doença grave» do exercício da função jurisdicional no nosso País, que só por si bastaria para justificar a «iniciativa governamental» da ampla revisão da legislação processual então em vigor (*ibidem*, 8); e isto essencialmente porque — acrescentava o mesmo então Ministro da Justiça — «só quem ignorasse» as repetidas críticas que nalguns sectores qualificados de opinião «tinha suscitado a actuação» dos referidos Tribunais, ou quem não soubesse «até que grau a confiança do público na competência dos juizes e na isenção dos Tribunais é essencial à sua função de órgãos de

preensão satisfatória e uma visão de conjunto destes com-

pacificação social», poderia «contestar a necessidade ou duvidar da urgência da revisão (da legislação processual) ordenada» (*ibidem*). — Sendo de salientar que com a tão louvável iniciativa dessa urgente revisão, o nosso legislador processual se preocupava precisamente em dar imediata satisfação político-legislativa e expressão tècnica adequada a uma aspiração que já vinha sendo insistentemente invocada por numerosos e abalizados jurisconsultos portugueses (entre os quais significativamente se destacavam, como dentro em pouco passaremos a indicar, alguns magistrados): — como claramente também decorre dum importante e revelador *Ofício* (de 8 de Maio de 1961) dirigido pelo mesmo referido Ministro da Justiça à Ordem dos Advogados, às duas Faculdades de Direito, de Coimbra e de Lisboa, à Procuradoria Geral da República e ao Supremo Tribunal de Justiça, para recolher os pareceres destes altos Organismos Jurídicos do nosso País sobre o candente problema da motivação das sentenças dos Tribunais Colectivos, como uma das soluções (também de há muito por nós então preconizada) para combater o vicioso sistema de *inversão* dos julgamentos em análise; — e no qual volta a aludir a este mesmo sistema, acentuando a «franca hostilidade que despertaram no ânimo dos pleiteantes e dos seus patronos muitas decisões (do Colectivo) para as quais se não encontra nenhuma fundamentação aparente na prova que foi produzida em juízo.»

Ora, entre os aludidos e numerosos jurisconsultos que antes do Ministro ANTUNES VARELA (e alguns mesmo antes dos nossos referidos estudos) combateram àrduamente o indicado sistema de *inversão* da decisão dos Colectivos, tendo logrado persuadir-nos, bem como àquele então Ministro, da premente necessidade de pôr termo à referida *deturpação de funções* (expressão sem dúvida drástica, mas altamente reveladora, também usada no citado *Discurso* de 1957, a p. 10), cumpre destacar:

Em primeiro lugar, o que a tal propósito referiu o Conselheiro (então Juiz de Direito) TEMUDO MACHADO, declarando, entre muitas outras coisas dignas de apreço, «ter ouvido com alguma insistência certos rumores — por vezes clamores — no sentido de que alguns tribunais colectivos antes de responder ao quesitado, procuravam saber qual a

plexos e delicados problemas e conexões, sem determinar o

decisão que convinha à causa e, só depois «em harmonia com ela davam a resposta» (vid. autor citado, *Questões de facto e questões de direito*, na *Rev. de Just.*, ano 30.º, n.º 669, 66 ss.; — acrescentando, todavia, não acreditar que tais clamores fossem exactos, por não admitir que houvesse «tribunais colectivos tão pouco ciosos da dignidade da sua função e do respeito da lei» que «ousassem praticar tal excesso» (*ibidem*).

Em segundo lugar, o que a este respeito escreveu em 1951 ALBERTO DOS REIS, no *Código de Processo Civil anotado* (IV, 1951, 543 ss.), em comentário ao citado artigo 655.º do Código de 1939, sob a rubrica, já de si altamente impressiva, de «Aberração do sistema». — Começando por acentuar que prova livre não quer dizer prova «arbitrária» ou «caprichosa» (veja-se também no mesmo sentido o vol. III da mesma obra, 245); e que para aqueles que admitem o «sistema da crítica sã, como sistema intermediário entre o da prova livre e o da prova legal, o princípio da prova livre é encarado como «apreciação descricionária» (se não mesmo «atrabiliária») das provas produzidas»: dado que, segundo este conceito, seria «lícito ao tribunal avaliar e julgar os factos» *como lhe aprouvesse*, «segundo as provas, sem provas ou até contra as provas»; — «erro manifesto» (sublinha o eminente processualista) pois que não é este o pensamento que está na base da prova livre»; — «prova livre» — continua ainda ALBERTO DOS REIS — quer dizer «prova apreciada pelo julgador, segundo a sua experiência e a sua prudência, sem subordinação a regras ou critérios formais pré-estabelecidos, isto é, ditados pela lei»: — «mas daí até à afirmação de que o Juiz pode decidir *como lhe apetecer*, passando arbitrariamente por cima das provas produzidas, vai uma distância infinita». «Quando o tribunal se permite tal atitude — insiste ALBERTO DOS REIS — não aprecia livremente as provas: *despreza-as*. A aberração é manifesta» (o. c., 543 e 544).

E informava ainda a este propósito o mesmo eminente autor que «se ouviam queixas amargas contra o procedimento de alguns tribunais colectivos que, em vez de responderem aos quesitos em *harmonia com a prova produzida, avaliada embora em inteira liberdade*, sem se preocuparem com o resultado final do pleito», tratavam de decidir a matéria de facto com o *partis-pris* de preparar determinada solução da causa» (veja-se também a *Rev. de Leg. e Jurisp.*, ano 81.º, 369 a 371 e

sentido e alcance rigoroso das duas indicadas ordens de questões.

ibidem, 544); — acrescentando que embora «o Doutor TEMUDO MACHADO também registasse ter ouvido certos «rumores» — por vezes «clamores» — acerca da existência do vício em análise, mas declarasse, como vimos, não acreditar na sua verificação pelas razões acima reproduzidas, reconhecia, todavia, ter de «render-se à pressão das realidades», pois que vinham de tantos lados os testemunhos da «anomalia», e alguns procediam de pessoas de tamanha «honorabilidade», que «força era admitir que o facto, embora estranho, se houvesse uma ou outra vez produzido»; — observando que os juizes, quando assim procediam, o faziam «com perfeita tranquilidade de consciência, sem se darem conta de que estavam fora do cumprimento da lei», pois supunham que aplicavam «com exactidão e escrúpulo, o disposto no artigo 655.º» (*ibidem*,).

E mais adiante, referia ainda ALBERTO DOS REIS: — que importava «desfazer esta ilusão», porque havia em tal caso «uma interpretação errada do artigo 655.º»; dado que, em seu entender, a função do tribunal colectivo não era a de «chegar a determinado resultado sintético em matéria de facto»; mas «dar, a cada quesito, a resposta que as provas produzidas, livremente apreciadas, postulam e impõem» (últ. o. c., 545). — Quer dizer que para este autor, em vez do regime da *prova sintética*, o regime legal era entre nós o regime da *prova analítica*.

Por último, depois de voltar a aplaudir o bom critério do Conselheiro TEMUDO MACHADO (que é o que acima se deixou referido) quanto à apreciação da matéria de facto, concluía que «em face deste entendimento é evidente que, se nenhuma prova se produziu sobre determinado facto, cumpre ao tribunal responder que não está provado, pouco importando que esse facto seja essencial para a procedência da acção»; sublinhando que o que tinha «escandalizado os advogados e causado estranheza e irritação é que, uma ou outra vez se tenham dado como provados alguns factos, necessários para o êxito da causa, «apesar de nenhuma prova se ter produzido sobre eles», ou se ter produzido «prova manifestamente insuficiente» (*ibidem*).

Em terceiro lugar, também o actual Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro JOSÉ OSÓRIO E CASTRO (igualmente então

Trata-se, em primeiro lugar e acima de tudo, de averiguar

Juiz de Direito), aludiu em 1954 a este melindroso assunto, num sugestivo estudo publicado na *Rev. Dir. Est. Soc.*, VII, n.º 3, Julho-Setembro de 1954, 196 ss., sob o título de *Julgamento de facto*, em que começam por se ler, entre outras, as seguintes criteriosas e enérgicas considerações: — «Se o tribunal não se desempenha com perfeição dessa delicada função, se o julgamento de facto não conseguir descobrir a verdade e «descrevê-la» com precisão, a aplicação do direito será necessariamente «deturpada»; «e a confiança no acerto da acção judicial, fonte primária do prestígio da instituição judiciária e, consequentemente da eficácia da sua função social, ficará abalada e comprometida, seja pela eventual injustiça da decisão final, seja, ao menos, pela patente desconformidade do que o tribunal deu como apurado com o que na realidade existiu» (*o. c.*, 196).

E o mesmo autor, a propósito do citado artigo 655.º do Código de Processo Civil em vigor, denuncia e combate o sistema de inversão da decisão dos colectivos, afirmando, em referência à locução constante desse preceito (segundo a qual o juiz deve apreciar livremente a matéria de facto «de forma a chegar à decisão que lhe parecer justa»), que «o julgamento de facto é justo e conforme à consciência do julgador quando consegue *reproduzir fielmente*, em todos os aspectos relevantes, o que realmente existiu ou se passou»; «pois é para isso que se lhe concede ampla liberdade de apreciação das provas... de forma a fazer triunfar totalmente a verdade contra todas as deturpações e desvios que a queiram afogar». E não deixa de acentuar que, quanto à aplicação da lei, o comando legal era precisamente o mesmo: — da estrita vinculação do juiz à ordem jurídica (art. 240.º do Estatuto Judiciário de 1944); sublinhando não poder seriamente pensar-se que este comando pudesse coexistir com outro que autorizasse o julgador a frustrar a aplicação da lei pela desvinculação da matéria de facto, numa atitude de duplicidade incompatível com a dignidade dos tribunais». E referindo ainda, a terminar, que o uso dos poderes de decisão da matéria de facto em «consciência», não pode levar à fabulação arbitrária de uma situação que não existiu, para justificar certa aplicação da lei» (*Revista cit.*, 216 e 217).

E também não pode nem deve omitir-se a contribuição que à

qual a significação e alcance específicos que a consagração dos diversos meios de resolução convencional ou arbitral dos

denúncia, análise e severa crítica deste grave defeito da nossa prática jurisprudencial veio trazer um outro magistrado, o Desembargador e Ajudante do Procurador da República AMÉRICO CAMPOS COSTA (então também Juiz de direito). — Quando num seu muito oportuno estudo publicado no ano 74.º (1956) da *Revista dos Tribunais* (130 ss.) sob o título de *Para uma melhor organização da oralidade em Portugal*, assinala, por um lado, e desassombradamente, o vício em referência, afirmando que o «princípio da livre convicção do juiz» tinha causado «grandes malefícios, porque não poucas vezes se tinha decidido contra a prova a pretexto desse princípio» (*Revista cit.*, 133, 2.ª col.); e que importava procurar os «meios capazes de impedir que o tribunal declarasse como provados factos, sem qualquer base probatória...» (*ibidem*); posto que a esse tempo, segundo o referido autor, os tribunais colectivos «se fartavam de dar como provados factos que na realidade se não provavam» (*ibidem*, 142, 1.ª col.), pelo que os «clamores eram quase gerais» (*ibidem*, 131, 2.ª col.); e que «a composição dos mesmos tribunais era em grande parte responsável pela maneira defeituosa como a questão de facto era muitas vezes solucionada» (*ibidem*). — E procura, por outro lado, atacar o problema com espírito essencialmente construtivo, aderindo francamente, com expressões para nós algo lisonjeiras mas excessivas (*ibidem*, 134 nota 1), a um dos remédios fundamentais que nós próprios de há vários anos (mas especialmente a partir do nosso supracitado *Curriculum Vitae* de 1953 e da também já citada *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo*) vínhamos preconizando para pôr termo a tão grave estado de coisas no panorama da nossa vida judiciária: — a consagração do *dever de motivação* das sentenças de facto por parte dos próprios Tribunais Colectivos de Primeira Instância, que o Código de Processo de 1961 muito louvavelmente, embora de modo um tanto incompleto e praticamente quase inoperante (e com, por vezes, forte reacção de certos sectores da nossa Magistratura), acabou por adoptar nos novos preceitos dos artigos 653.º, n.º 1, 2.ª parte e 712.º, n.º 3.

E, finalmente, merecem também uma referência muito particular

litígios (e em especial o aludido revigoramento da expansão prática da composição amigável promovida pelo próprio juiz da causa nos direitos mais recentes) revestem no quadro geral e actual das instituições processuais e judiciárias:—em ordem, especialmente, a saber se, numa primeira aproximação, cons-

a peremptória posição assumida por MANUEL DE ANDRADE perante o problema nas suas já citadas *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra 1956 (n.º 157, p. 273) e o «Voto de vencido» de PALMA CARLOS, quanto à Base V do Projecto de proposta de Lei n.º 522 (Reforma dos Tribunais de Trabalho), publicado nas *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 114, VI Legislatura, 9 de Abril de 1957 — «Parecer n.º 51/VI», p. 1184: —dos quais, pela sua incisividade para a apreciação e documentação do ponto em análise, passamos a transcrever na íntegra os passos fundamentais.

Eis em primeiro lugar a vigorosa síntese com que MANUEL DE ANDRADE denuncia e combate o vício ora em exame:

«Constitui tendência muito censurável a de o colectivo aproveitar o seu poder soberano quanto à apreciação das provas para resolver a seu talante a questão de direito» (*o. c.*, 273).

E eis igualmente os não menos impressivos termos com que PALMA CARLOS abre o seu aludido «voto de vencido».

«Votei vencido a matéria da base v. De um lado, entendi que a constituição do tribunal não tinha que ser considerada no presente diploma; de outro, discordei da admissão do colectivo. A este foi cometida, em matéria civil, na organização processual vigente, praticamente sem recurso, a decisão da matéria de facto. Daí ao *arbitrio* só houve que dar um passo — e são gerais os clamores contra o sistema». «O poder de julgar segundo a convicção, formada sobre a livre apreciação das provas, de modo a chegar-se à decisão que for havida por justa, foi interpretado pelos nossos colectivos como o poder de julgar *sem prova e até contra a prova*. Diz-se, por vezes, que o mal é dos homens que aplicam o sistema, e não do sistema aplicado pelos homens. Se as coisas não forem apreciadas com superficialidade, ver-se-á, porém, que os homens foram influenciados pelo mal do sistema. O poder foi-

tituem prova de confiança do legislador e do público na gestão da coisa judiciária por parte do Estado e dos organismos judiciais competentes ⁽¹⁵⁾ e sintoma de progresso social e de

-lhes dado para que se sirvam dele; mas, no julgamento colegial a sua concessão *inutiliza muitas vezes, os fins que se quiseram alcançar.*»

E, a concluir, refere noutro passo o autor ora em apreço:

«Daí ser meu parecer que, em vez de consagrar-se a admissibilidade do colectivo, devia votar-se contra ele».

«Isto não conduz, como alguns pensam, à supressão da oralidade, que mesmo no juízo singular tem cabimento, como, aliás, resulta de disposições expressas do nosso direito positivo».

«Ninguém quer retornar à consagração de práticas obsoletas de processo; o que se pretende é alcançar a aplicação de uma «justiça justa», e conseguir que o direito de cada um seja definido *segundo a prova* que dele se fizer e não em obediência a critérios subjectivos, cujo perigo a prática se tem encarregado de demonstrar.»

⁽¹⁵⁾ No sentido de que sabendo os litigantes que os juizes, pela sua autoridade, zelo, competência técnica e integridade moral, acabam sempre por descobrir a verdade e fazer triunfar no processo uma justiça verdadeiramente justa, rápida e económica, igualmente sabem que não têm qualquer probabilidade de fazerem vingar nos tribunais a mentira, a chicana e as manobras dilatórias: — pelo que naturalmente se sentem impelidos a aceitarem soluções conciliatórias, que representam, em princípio (se o direito é mais ou menos certo), verdadeiras antecipações das sentenças judiciais, embora corrigidas pelos princípios da equidade. — Assim, a este mesmo propósito, refere por exemplo, e muito impressivamente, o já mencionado RICCA-BARBERIS que uma «única conciliação» é visada pelo legislador processual moderno: ou seja, aquela conciliação para a qual o «temor duma justiça pronta e segura» impele a parte que sabe não ter razão (vid. o já citado *Parecer da Universidade de Turim*, nas também citadas *Osservazioni*, II, 172); exprimindo-se em termos muito semelhantes REDENTI ao afirmar que o êxito da conciliação judicial resulta, entre outras causas, do facto de as partes saberem que prolongar, perante os tribunais, vãs discussões é um «jogo que não obterá mais sucesso», encontrando assim um «activo e benéfico

alto nível cívico dos cidadãos perante os fins essenciais do Direito e da Justiça, traduzidos fundamentalmente na observância espontânea (ou quase espontânea) ⁽¹⁶⁾ dos comandos jurídicos e na realização do antigo e aliciente ideal da aceitação voluntária (e porventura até antecipada) das decisões dos tribunais ⁽¹⁷⁾ dentro dum pensamento de pacificação e

emprego contra a chicana de litigantes ímprobos e cavilosos» (vid. *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile*, Pavia 1935, 8).

E vê-se desta sorte que um tal conceito de conciliação está até certo ponto em estreita e directa correlação com um dos sentidos que a diminuição da litigiosidade e o incremento das composições amigáveis e arbitrais pode em princípio traduzir: pois que a tendência para tais soluções (transactivas e arbitrais) pode revelar *desconfiança* ou pelo menos «impopularidade da justiça» e um «instintivo horror» pela luta judiciária (ALLORIO, *Problemi di Diritto*, v. III, Milão 1957 — *Riflessioni sulla diminuzione della litigiosità*, 622 ss. e *supra*, nota 14); mas a falta de espírito de litigiosidade traduzida na conciliação é ou pode em princípio ser também tomada como *índice de civilização* (LUIGI FERRARA, *Moderni problemi del diritto*, Milão 1938, 166 e ROTONDI, *Prefácio da obra de CROCIONI, Fase preliminare e dibattito nel processo civile inglese*, Milão 1939, XVI, nota).

Em idêntico sentido poderia ainda ponderar-se (como a seu tempo melhor se acentuará) que a forte tendência da doutrina e das legislações dos dois últimos séculos há pouco assinalada (*supra*, nota 6, p. 11 ss.) para a atribuição da função conciliatória (judicial) ao próprio juiz da causa (tanto a título preliminar como no decurso desta) já de si denuncia «confiança» na própria função jurisdicional: — pois, quando menos, significa acréscimo dos poderes do juiz, o que sempre traduz que se confia no seu bom critério e autoridade.

⁽¹⁶⁾ Vid. explicitamente neste sentido RATZ, *Gründsätze eines neuen Zivilprozesses*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1935, 141 e LUIGI FERRARA, cit. *Moderni problemi del diritto*, Milão 1938, 139.

⁽¹⁷⁾ Com o alcance, nos termos e pelas razões já enunciadas no começo da nota 15, da página antecedente.

de solidariedade social⁽¹⁸⁾; ou se traduzem uma situação inversa de desprestígio generalizado dos tribunais, de descré-

(18) Considerando-se sob este prisma o instituto da composição amigável como um meio que restabelecendo a paz e a concórdia entre os litigantes mais eficazmente traduz em acto um alto princípio de solidariedade humana (Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa — La transazione*, cit., 144). E havendo mesmo autores que neste particular sentido aludem expressamente à possibilidade de se considerar a generalização dos meios de autocomposição dos litígios e afins, como expressão de um mais intenso e vivo sentimento de fraternidade entre os homens, que leva os indivíduos a «agirem colateralmente à actividade judicial do Estado numa função de efectiva cooperação social», (Ferrara Santamaria, *o. c.*, 36); — e que desta sorte inculcam que uma tal tendência pode exprimir uma «atenuação do espírito de litigiosidade» ou uma manifestação de «efectivo pacifismo anti-judicial», que como tal traduziria um «manifesto progresso social» (autor e *ob. ult. cit.*, 10). Mas deve, por último, ainda salientar-se que esta mesma nota da transcendente função social, pacificadora, moralizadora e até pedagógica da transacção e figuras afins é posta em relevo por numerosos outros autores italianos antigos e modernos: — destacando-se entre os primeiros Pisanelli (já citado *Relatório* ao Projecto de Código de processo civil apresentado ao Senado italiano em 26 de Novembro de 1863 — apud também já citado Scamuzzi, *Il Digesto Italiano*, vol. cit. n.º 86 e 87, pp. 65 e 66), Vacca (*Relatório* do Código de Processo de 1865, apud Scamuzzi, *o. c.*, n.º 87, 66 ss.) e Borsari (cit. *Il Codice Italiano di Procedura Civile annotato*³, Parte I, Nápoles-Roma, 1872, 15 ss.); e entre os últimos Redenti (*o. c.*, 6-8 e *Sulle riforme della Procedura Civile*, Apêndice à 2.ª ed. dos *Profili pratici del Diritto Processuale Civile*, Milão 1939, 61, 62 e 63), Carresi (*La transazione*², Roma 1965, 71 nota 2) e Mariano d'Amelio (*Le tendenze sociali del nuovo Codice di Procedura Civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1941, 4 ss. — E bem assim e de modo muito especial, pela grande maioria dos autores franceses do século passado, a começar pelos próprios legisladores: — quer do Código Civil (Bigot-Préameneu, *Discours au Corps législatif*, Fenet, XV, 103-104 — apud Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*², Paris 1895, 305 nota 3 — e *Exposé des motifs*, Locré, tomo VII, 458

dito e falta de fé na eficiência prática do mecanismo da jus-

— apud LAURENT, *Principes de droit civil*³, tomo 28, Bruxelas-Paris 1878, 327; — e ALBISSON, *Rapport*, n.º 2 — LOCRÉ cit., tomo VIII, 463 e *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal*, tomo I — *Discours*, Paris 1838, n.º 98, 723); — quer do Código de Processo Civil de 1806 (como TREILHARD, *Exposé des motifs du Code de Procédure de 1806 présentés au Corps législatifs*, apud DALLOZ, *Répertoire* cit., voc. *Conciliation*, n.º 31, pp. 26 s., nota 1, e apud *Il Digesto Italiano*, vol. cit., n.º 57, p. 53; — quer já até, e finalmente, na mesma linha de pensamento, pelos legisladores da célebre e já mencionada Lei revolucionária da primeira Constituinte de 16-24 de Agosto de 1790, como decorre de THOURET, relator do projecto dessa mesma lei apresentado à Assembleia Nacional (apud DALLOZ, *o. c.*, t. XI, 1849, voc. *Compétence civile des Tribunaux de paix*, n.º 5, 88 e SCAMUZZI, *o. c.*, v. VIII, 1.ª Parte, 1896, 50) e de FAURE, representante do Tribunado na discussão dessa mesma lei. (Vid. sobre este último autor e as largas referências que em regra lhe fazem os juristas franceses antigos e modernos, *infra*, p. 56 nota 41); e para maiores desenvolvimentos sobre este mesmo ponto, o que se diz *infra*, Parte II, Cap. II.

Cumprindo, todavia, a este mesmo propósito também e desde já referir que já haviam sido criadas na Grécia e em Roma entidades oficiais encarregadas de ensinar o direito aos jovens, como factor de *aperfeiçoamento moral e cívico*, no sentido de desenvolver neles o ideal da observância espontânea das normas jurídicas: — designados, respectivamente, em Esparta, «Armozinos», em Atenas, «Dietécios», na Grécia «Irenofiláceos» e em Roma «Feciais». — E sendo igualmente de salientar, ainda a este propósito dos fins transcendentais da conciliação, por um lado, a alta perspectiva de índole filosófica definida por CAPOGRASSI (*Intorno al processo*, na *Riv. Int. Fil. Dir.* 1938, 271 nota 1), o qual vê na composição convencional da lide a «mais forte afirmação da personalidade dos particulares no Ordenamento Jurídico», e da mesma sorte a «mais plena actuação da justiça concreta»: — porque, no entender deste autor, é na composição amigável das controvérsias jurídicas que o direito objectivo «se actua como afirmação de um seu

tiça estadual, no acerto e isenção das sentenças judiciais ⁽¹⁹⁾ — chegando porventura até a poder reflectir, em certo aspecto

valor constitutivo — *a personalidade individual* —, que assim vence, com o seu autónomo acto de vontade, a incerteza jurídica, e põe espontaneamente em movimento com esta sua afirmação a ordem jurídica no caso concreto» (cf. autor e *o. c.*, também referido por CARRESI, *o. c.*, 53 nota 1); e, por outro lado, que a conciliação é em geral considerada como a solução mais conforme aos preceitos evangélicos e à doutrina cristã do amor do próximo. (Vid. DE LUCA, *o. c.*, em especial 18 nota 17, 19, 23 e 119; VISMARA, *o. c.*, e em especial 2, 7, 9 e 115; PETERLONGO, *o. c.*, 301 ss. e 305 nota 30; MASI, *o. c.*, 8 ss., 20, 24 ss.; BUŠEK, *o. c.*, 459 nota 1, 461, 462, 472 e 473 — todos *cits. supra* 23, nota 13; VALSECCHI, *o. c.*, 143 nota 11, e CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, I, 87 nota 2 e 93); e que vários outros autores falam explicitamente não só do *civismo* (CORRADO, *o. c.*, 34 nota 1), mas da alta *função pedagógica* consubstanciada na conciliação, como sobretudo MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, 6 ss. e 13 (cf. *infra*, Parte II, Cap. I) e SCAMUZZI, *o. c.*, n.º 9, 39.

⁽¹⁹⁾ Aspectos estes que envolvem no seu conjunto e sob vários prismas uma visão profundamente *negativista* da função judiciária, que expressivamente se traduz no nosso conhecido e velho brocardo «mais vale uma má composição do que uma boa demanda», o qual à primeira vista parece ser um puro decalque do pensamento de marca vincadamente voltairiana, traduzido no provérbio francês atribuído a MAYNARD (vid. BONCENNE, *o. c.*, 199), «*mauvais accommodement vaut mieux que bon procès*»; mas que os nossos autores mais recentes, como ALBERTO DOS REIS, tendem todavia a aproximar sobretudo do conceito que os italianos por sua vez exprimem na bem conhecida e não menos impressiva fórmula de que «*val più una magra transazione che una grassa sentenza*» (mais vale uma transacção magra que uma sentença gorda), e os espanhóis pela máxima «*es mejor un malo arreglo que un bueno pleito*». Mas cumpre também salientar o que a este mesmo propósito refere impressivamente VALSECCHI (*La transazione cit.*, 144), o qual, por um lado e neste mesmo sentido, depois de aludir à advertência de JHERING que considerava ser «acto de vileza» transigir com um litigante de má-fé e «dever de honra litigar a todo o custo», acres-

e em último termo, uma atitude de quase geral e dissolvente inconformismo dos cidadãos (se não mesmo dos juizes)

centa que a transacção no fundo se «resolve num acto de desconfiança e de ultrage à magestade e à autoridade da justiça»; — igualmente sublinhando, por outro lado, que «se a transacção oferece em relação à sentença judicial algumas vantagens, não pode negar-se que alguns inconvenientes possam tornar preocupante o seu abuso: — o qual pode na verdade revelar «aquele *sintoma de desconfiança* na obra da justiça que todo o ordenamento jurídico deve preocupar-se em afastar» (o. c., 145).

E entre os modernos autores italianos importa a este respeito ainda e sobretudo destacar (como um dos mais impressivos na acentuação desta mesma ideia de que a expansão da composição processual pode em princípio traduzir desconfiança dos particulares no exercício da actividade jurisdicional dos tribunais), uma muito curiosa síntese de SOLMI, formulada a propósito do artigo 161.º do seu já citado e importante *Projecto preliminar de Código de Processo Civil*, elaborado por este eminente jurista quando Ministro da justiça, em 1937 (vid. *supra*, 14, nota 6): — segundo a qual, com o aperfeiçoamento da legislação processual contida naquele seu referido projecto, era de esperar que os particulares recobrassem a sua fé na justiça estadual e se viesse consequentemente a verificar «um *são aumento* de processos judiciais».

Acerca do alto significado desta asserção de SOLMI para a determinação do sentido da evolução do instituto em análise (nomeadamente da conciliação judicial) no moderno direito processual, vid. *infra*, Parte II, Cap. I; e em sentido em grande parte coincidente com este autor vid. também ALLORIO, o qual explicitamente afirma que a influência benéfica da celeridade do processo sobre a fé popular na justiça e o consequente incremento da *sã litigiosidade* são estatisticamente demonstrados no confronto estabelecido por MENESTRINA entre o movimento dos tribunais italianos em geral e os das províncias conquistadas à Austria após a guerra de 1914-1918, em que se applicava a célebre e já citada Ordenação processual austriaca de 1895 (cf. ALLORIO, o. *últ. cit.*, 624, nota 10, e MENESTRINA, *La Statistica giudiziaria civile in Itália*, nos *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, 1927, 558 e 559 nota 3); cumprindo referir, em plena confirmação da mencionada influência

perante a própria autoridade e bondade do direito constituído (20).

da celeridade do processo sobre a fé popular no exercício da função jurisdicional do Estado e o conseqüente acréscimo de uma sã litigiosidade (traduzida em um mais confiante recurso aos tribunais) o caso altamente expressivo, a que já fizemos alusão quer na nossa citada *Comunicação* ao «IV Congresso da União Nacional», sob o título de *Revisão da politica judiciária do Estado Novo* (cit. *supra*, 3, 7, 10, 24 e 30 notas 2, 4, 5 e 14, respectivamente), quer também na nossa já citada *Conferência* da Ordem dos Advogados de Coimbra, intitulada *Reflexões sobre o problema da oralidade e questões conexas nas últimas reformas do processo civil em Portugal*» (cf. *supra*, 7 nota 4), de que quando se procedeu ao desdobramento do Tribunal Judicial de Guimarães, pelo Decreto-Lei n.º 39 288, de 8 de Junho de 1953, o volume de processos que passaram a ser anualmente distribuídos pelos dois novos tribunais em conjunto quase que duplicou, no curto espaço de dois anos, em relação ao número médio anual de processos que tocavam ao único juízo até então existente.

E coisa semelhante se verificou a quando da criação de um novo juízo no Tribunal Cível do Porto, (passando o movimento global médio de cada juiz a ser praticamente o mesmo que era anteriormente): — o que bem claramente denota que a morosidade do processo estava a provocar nos referidos tribunais uma autêntica (e no primeiro caso deveras grave e significativa) retracção de movimento judicial.

(20) O que se tem historicamente verificado, com alguma frequência, em certos períodos críticos de profundas transformações políticas, económicas e sociais em que o direito positivo se mostra largamente ultrapassado pelos factos e pelas aspirações da colectividade, (revelando-se o que um conhecido jurista francês designou impressivamente por «revolta dos factos contra os códigos») — cf. MORIN, *La révolte des faits contre le code*, Paris 1920).

Ou naquelas outras épocas de transição e de renovação legislativa, subsequentes ou concomitantes das indicadas transformações, nas quais os legisladores procuram afanosamente obviar à disciplina dos novos conflitos de interesses merecedores de tutela jurídica: — mas o fazem com tal precipitação e através de uma tão grande multiplicidade de

Mas interessa, num segundo momento (e não menos relevante e prementemente), determinar o papel ou função particulares que ao Estado (juiz ordinário ou organismo especializado: — «juiz de paz», «conciliador», «árbitro amigável», «comissário de conciliação», «auditor», «órgão comunal das conciliações», «tribunal paroquial ou de conciliação», etc., consoante as legislações e os casos) ⁽²¹⁾ incumbe desempenhar

disposições legais, insuficientes e obscuras, que se gera aquilo que alguns autores já qualificaram impressivamente por fenómeno de *inflação legislativa* — com a consequente *desvalorização* da qualidade e da bondade das novas normas jurídicas, levando os interessados e os próprios tribunais a esforçarem-se muitas vezes por não as aplicar, antes recorrendo (ou sugerindo o recurso) às soluções arbitrais de equidade ou conciliatórias.

Também em sentido paralelo, e com consequências algo semelhantes, se poderiam invocar aquelas outras singulares decisões judiciais, hoje também muito impressivamente denominadas *sentenças suicidas*; — designação que provém da circunstância de na motivação das referidas decisões os juízes aplicarem o direito constituído, mas darem ao mesmo tempo claramente a entender a sua viva discordância sobre a bondade desse mesmo direito (Vid. neste último sentido ESCOBEDO, nos seus conhecidos estudos *Sentenze suicide*, Cidade do Castelo 1941, e *Sentenze... suicide in corte d'assise*, *Giustizia penale*, 1941, IV, col. 177, também seguido por CARNELUTTI, *Falsa motivazione di sentenza*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1941, I, 355 ss. e por CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Pádua 1954, 116).

⁽²¹⁾ São estas as designações legais e tradicionais dos órgãos específicos de conciliação, respectivamente, na França (desde a célebre Lei 16-24 de Agosto de 1790 até ao presente), na Itália (desde o Código de processo napolitano de 1819 até à legislação vigente), na Prússia (na Ordenação judicial geral de 1793 e na Lei sobre arbitragem de 1879), na Holanda (na legislação anterior a 1745, citada por VOLTAIRE numa sua célebre carta escrita nesse país com aquela data, a que mais adiante faremos referência — *infra*, Parte II, Cap. II), na Suíça, Cantão de Genebra (desde a Lei de Organização Judiciária de 1816), em Württemberg e Baden

no exercício da função conciliatória (preliminar ou no decurso das causas, oficiosa ou a solicitação das partes, obrigatória ou facultativa, apenas em primeira instância ou em qualquer grau de recurso, etc.)⁽²²⁾ e na homologação por lei em geral exigida (como entre nós pelos preceitos dos artigos 300.º e segs. do vigente Código de Processo Civil) para a validade e eficácia das transacções, quer judiciais quer extrajudiciais. Com vista a saber, se o juiz ou entidade encarregada da conciliação desenvolvem em relação a esta última um simples controle *formal* ou meramente *documentador*, substancialmente do mesmo tipo do que praticam os notários⁽²³⁾ em

(nas Leis processuais de 1879 e posteriores) e na Noruega (pelo menos, segundo a legislação vigente em 1856, como informa ENAULT, *Système judiciaire de la Norwége*, in *Gazette des Tribunaux*, de 12 de Fevereiro de 1856, cit. por BORDEAUX, *Philosophie de la Procédure Civile*, Evreux 1857, 407 nota 2).

(²²) Estas também, como todos sabem, as principais modalidades que o instituto da conciliação tem revestido no plano histórico e do direito comparado.

(²³) Perfilhou expressa e vincadamente entre nós a natureza puramente «notarial» do controle do juiz sobre a transacção e sobre a conciliação judicial no domínio da vigência do Código de 1939 o nosso saudoso Mestre e eminente processualista ALBERTO DOS REIS (*Comentário ao Código de Processo Civil*, 3.º, Coimbra 1946, 534, 536 e 497), se bem que o seu pensamento (pelo menos em relação à conciliação judicial) tenha depois evoluído em sentido marcadamente jurisdiccionalístico. — Vide uma primeira — embora ténue — floração deste novo pensamento do mencionado autor, no *Código de Processo Civil anotado*³, II, Coimbra 1949, 327; e a sua nítida defesa e fundamentação, com base em especial na doutrina italiana inspiradora do notável Código de Processo de 1940, no mesmo citado *Código anotado*, III, 1950, 174 e 179: — solução e doutrina para as quais de há tempo nós próprios já vínhamos (até oficialmente) chamando a atenção. — (Cf. neste sentido *infra*, 62 nota 48) uma breve mas inequívoca referência constante do *Relatório* por nós

relação aos actos de vontade que lhes são sujeitos (dando público testemunho da regularidade dos seus pressupostos objectivos e subjectivos), e se limitam, na tentativa conciliatória, a indicar e aconselhar às partes (ou porventura a tentar impor-lhes) ⁽²⁴⁾ o caminho da solução amigável do litígio, sem todavia lhes dar qualquer sugestão concreta sobre os termos dessa solução; ou se, ao contrário, desempenham num e noutro casos uma função de índole predominante e caracterizadamente *jurisdicional* e *tutelar* (ainda que tão só de uma jurisdição especial ou *sui-generis* ⁽²⁵⁾ venha a tratar-se), com vista a definir e actuar *declarativamente* — embora, porventura, apenas *aproximativamente* ⁽²⁶⁾ em sentido positivo ou

elaborado e enviado ao Instituto de Alta Cultura, em Dezembro de 1949, no qual já então perfilhámos, aberta e convictamente, uma orientação de base essencialmente jurisdicionalística da conciliação consagrada no artigo 513.º do Código de Processo de 1939 — como a que neste ensaio nos propomos desenvolver —, com expressa e relativamente larga referência, entre outras, à mencionada doutrina italiana, à qual, como acabamos de referir, ALBERTO DOS REIS veio depois a dar também peso decisivo na interpretação do nosso próprio direito positivo).

Também sustentou abertamente a natureza *notarial* da intervenção do juiz municipal espanhol na tentativa conciliatória preliminar dos artigos 450.º e segs. da Ley de Enjuiciamiento Civil, MANRESA, *Comentarios.*, II, 572.

⁽²⁴⁾ Como entre nós no período, nos termos e pelas razões acima indicadas (Vid. *supra*, 1 nota 1, 2-4 nota 2 e 6-11 nota 5).

⁽²⁵⁾ Vid. *infra*, notas 39-41, pp. 53-57 que vários autores, sobretudo alemães e italianos, atribuem explicitamente ao processo conciliatório natureza jurisdicional (especial ou voluntária), chegando mesmo alguns a considerá-lo *parte integrante* do próprio juízo contencioso ordinário.

⁽²⁶⁾ Ideia que se encontra claramente expressa numa síntese deveras impressiva de KRETSCHMAR (*o. c.*, 225), segundo a qual o conciliador tem o dever de não deixar de indicar às partes como base da compo-

negativo e de harmonia com as possíveis atenuações ou correcções impostas à solução legal pelas exigências decorrentes do conceito de *equidade* — a situação jurídica real controvertida, e a promover o seu pacífico e íntimo acatamento pelos respectivos titulares (27).

sição amigável dos litígios, embora com toda a «necessária reserva», a posição «aproximativa da balança»; dado que só ele pode influir na obtenção de um «resultado equitativo», com o qual ambas as partes se podem dar por intimamente satisfeitas. — E que igualmente aflorou (embora aqui mais directamente em relação ao instituto da arbitragem) no *Discurso* do Tribuno GILLET ao Corpo Legislativo, na Discussão do Projecto do Código Civil francês, o qual ao definir os três meios oferecidos às partes para restabelecerem a paz e a harmonia perturbadas pela violação dos seus direitos (a via judiciária, a via do compromisso ou da arbitragem e a via das transacções) refere que a segunda destas vias, que lhes dá juízes amigáveis e de sua escolha, «substitui a balança aproximativa da equidade à balança exacta da justiça». (Vide autor citado no também já citado *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, tomo 1.º, *Discours — Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code Civil* — Paris 1838, n.º 99, 727).

(27) Caberia aqui, talvez, referir uma terceira possibilidade lógico-conceitual e histórico-positiva na estruturação deste instituto, no sentido de admitir a existência de um novo tipo de conciliação de pendor um tanto policial — como era a dos nossos já referidos e tão curiosos e significativos «Avindores» ou «Concertadores de demandas», criados por D. Manuel I, pela já referida *Ordenação e Regimento* de 20 de Janeiro de 1519, que, como oportunamente se verá mais em detalhe (*infra*, Parte II, Cap. I), podiam e deviam tomar a iniciativa da conciliação com a maior amplitude, a ponto de lhes ser permitido procurarem espontâneamente os desavindos nas suas próprias residências, a fim de os persuadirem a solucionarem amigavelmente os seus litígios, quer já sujeitos à apreciação dos tribunais, quer apenas prestes a deflagrarem. Instituto que, aliás, marca, segundo cremos, nos tempos modernos, a primeira concretização legislativa da ideia de confiar a um organismo

Sendo fácil reconhecer que nestas duas ordens de questões se compendiam, como começámos por sublinhar, duas das

oficial a iniciativa da tentativa da conciliação, sobretudo preliminar, posto que as referidas *Ordenação e Regimento* se anteciparam, em mais de meio século, a um *bando bolonhês* de 1574, apontado pela generalidade dos autores como o primeiro diploma que consagrou no direito moderno este mesmo instituto (ver neste sentido, entre outros, LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Turim 1897, 17 nota 3 e J. ALBERTO DOS REIS, *Organização Judicial*, Coimbra 1909, 103); — e em cerca de três séculos, à conciliação do juiz de paz francês, surgida e acolhida com o maior alvoroço pela já mencionada legislação revolucionária da Primeira Assembleia Constituinte de 1790, donde, como se sabe e acima se sublinhou (*supra*, nota 6, p. 15), irradiou para a maior parte dos direitos processuais do século passado e de princípios do presente século. — Cumprindo-nos informar num breve parêntesis, pela sua inegável importância e extrema raridade, que o texto integral desta nossa vetusta *Ordenação e Regimento*, se encontra publicado nos *Annaes da Sociedade Jurídica*, Lisboa 1835, tomo I, n.º 5, 146 ss. (obra também muito rara), e já fora parcialmente reproduzido e comentado em 1790 por JOZÉ ANASTÁSIO DE FIGUEIREDO (na *Synopsis Chronológica*, I, 231 ss.) e pelo Deputado liberal PEREIRA DO CARMO, na discussão do Projecto de Constituição de 1821 (no *Diário das Cortes Gerais, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa* de 1822, v, 121); sendo ainda a este mesmo propósito de notar que a data que lhe é atribuída nos referidos *Annaes* por ABEL MARIA JORDÃO, que supunha, aliás, (laborando como vemos em profundo erro), ser o citado Regimento até então inteiramente ignorado em Portugal (vid. *Annaes* cit., 145), é de 25 de Janeiro e não de 20 do mesmo mês do referido ano de 1519 — sendo aquela, porém, a data também referida por DUARTE NAZARETH (*Elementos do Processo Civil*, v. 1.º, Primeira Parte, Coimbra 1860, 46 e 88 e Segunda Parte, Coimbra 1857, 22), por ALBERTO DOS REIS (*Código de Processo Civil anotado*, II, 1949, Coimbra, 317) e por MANUEL RODRIGUES (*Do processo declarativo — Apontamentos das Lições ao 4.º ano jurídico de Flório J. de Oliveira*, I, Lisboa 1945, 6 nota).

Só que esta mencionada e hipotética nova possibilidade lógico-conceitual de configurar o instituto em análise, não apresenta, todavia, ao

dimensões ou coordenadas fundamentais dos institutos em análise: — o aspecto da sua legitimidade axiológica, da sua

que nos parece, verdadeira autonomia sistemática em face das anteriormente referidas; — antes revestindo para o ponto de vista que aqui nos interessa focar, pelo menos em geral, o carácter de uma exacerbação ou degeneração, porventura um tanto grosseira, de qualquer delas. — Posto que, tanto a tentativa de conciliação preliminar obrigatória, perante o juiz de paz ou o juiz da causa, como a tentativa judicial oficiosa, no decurso do processo e perante o respectivo juiz, podem sempre estruturar-se e vir substancialmente a traduzir-se numa quase autêntica actividade policial ou administrativa, pelo carácter *impositivo* e até um *tanto violento* que é susceptível de revestir, quando os conciliadores ou os juizes — como entre nós sucedeu, como vimos (*supra* 2, nota 2), nos tempos ainda recentes da vigência do Código de 1939 — lho queiram imprimir.

E a prova cabal de que se trata, em princípio, de uma mera degenerescência prática do conceito histórico genuíno da conciliação e de que, pela sua natureza e finalidade, este instituto exige plena voluntariedade de aceitação quer da iniciativa, quer dos termos da solução conciliatória — reside em que, mesmo a despeito dos verdadeiros excessos de entusiasmo pela expansão deste instituto verificados nos tempos agitados da época revolucionária francesa, a que acima se aludiu, os abusos das conciliações impostas à força pelos juizes de paz foram enèrgicamente denunciados e combatidos pelos autores e até pelo próprio legislador, como se deduz de uma notável *Circular de 29 Brumário do Ano V*, muito citada em França e na Itália, cujo texto, pela sua flagrante actualidade em relação ao caso português que constituiu o ponto de partida deste ensaio, vale a pena ainda hoje consultar e meditar (vid. BONCENNE, cit. *Théorie de la Procédure Civile*³, Bruxelas 1839, tomo I, 91); o que levou a generalidade dos autores franceses a falarem das pressões dos conciliadores sobre os litigantes, como de autêntico «abuso do poder». — Vid. por todos neste sentido DALLOZ, *Répertoire* cit., tomo XII, 1851, voc. *Conciliation*, n.º 37, p. 28, 2.ª col.; e a parte principal do texto da referida *Circular* reproduzida por ambos estes autores, que é do seguinte teor:

«Os membros dos órgãos de conciliação não devem perder de

utilidade e função precípuas no plano ético-social e político-legislativo (objecto de tão viva controvérsia, travada sobre-

vista a sua primitiva instituição e a natureza das suas atribuições: são simples mediadores que não têm outra missão do que sufocar desde o princípio, com a ajuda das suas luzes e dos seus conselhos, os processos de que as partes estão ameaçadas. As suas funções, puramente conciliatórias, fazem desaparecer inteiramente o carácter de juiz de que eles se encontram investidos em outras circunstâncias. Não é senão pelas armas da razão e da convicção que os homens de paz e de conciliação podem combater a teimosia do litigante prevenido: que eles evitem pois substituir o peso sempre perigoso da sua própria opinião à vontade livre de uma ou de outra das partes; que desconfiem do ascendente do seu talento e da sua autoridade, para obter delas sacrifícios desaprovados no mesmo instante pela vontade íntima daquele que os tivesse feito; que se não erijam em árbitros do diferendo, se as próprias partes os não constituem como tais. Evitando estes diversos escolhos, as partes longe de se lamentarem dos consentimentos algumas vezes concedidos demasiado ligeiramente, abençoarão as composições que forem o fruto da reflexão, da equidade e da razão» (cf. DALLOZ, *ibidem*, n.º 26, p. 25 e BONCENNE, *o. e l. cits.*).

Mas o mesmo sentimento de viva e decidida repulsa pela prática viciosa das transacções forçadas encontrou também no nosso sistema legislativo expressão vigorosa, significativa e altamente dignificante, quando os nossos legisladores, há mais de um século, nos dois importantes Decretos de 16 de Maio de 1832 (conhecido por Decreto n.º 24, da referida data) e de 21 de Maio de 1841 (Novíssima reforma judiciária) não só fixaram como directiva suprema dos conciliadores, que não usassem de meios *violentos* ou *cavilosos* para levar as partes à conciliação (arts. 43.º § 1.º do primeiro diploma e 135.º e 218.º do segundo), mas que empregassem apenas «*todos os meios que a prudência e a equidade lhes sugerir*», ou «*meios sinceros e prudentes*» (referido art. 43.º, § 1.º do Dec. n.º 24, e arts. 135.º e 217.º da Novíssima); como chegaram até ao ponto de determinar que o juiz de paz que «*fosse convencido*» de ter empregado «*meios violentos ou cavilosos*» para realizar a conciliação, seria responsável por perdas e danos e por perda de direitos políticos (art. 44.º do citado Dec. n.º 24), ou «*por*

tudo na doutrina do século passado, em torno da tentativa de conciliação preliminar obrigatória confiada aos juizes de paz franceses pela célebre Lei de 16-24 de Agosto de 1790)⁽²⁸⁾; e o também já referido e transcendente tema da delimitação dos poderes do juiz e das partes na orgânica dos instrumentos

perdas e danos» e «abuso do poder» (citados arts. 135.º e 218.º da Novíssima).

Vê-se, assim, facilmente, do teor dos preceitos que acabam de referir-se (e designadamente da alusão directa ao *abuso do poder*), quão presente esteve no espírito dos legisladores portugueses da época liberal o pensamento da doutrina francesa a que acabou de se aludir. Cumprindo ainda observar que o mencionado Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832, reveste a maior importância na nossa história legislativa processual, por ser o primeiro diploma que desenvolveu e deu execução aos preceitos da Constituição de 1822 e da Carta Constitucional de 1826 em matéria de processo e de organização judiciária, nomeadamente no tocante à conciliação preliminar obrigatória consagrada pelos artigos 181.º e 195.º daquela primeira Constituição de 1822 e 128.º e 129.º da aludida Carta Constitucional.

(28) Controvérsia essa hoje, como sempre, renovada na elaboração dos sistemas processuais mais recentes e progressivos (sem excluir toda a nossa legislação posterior a 1926), em que vieram a envolver-se, como decorre da nota 6, de pp. 11 ss., e melhor se verá de seguida (*infra*), alguns dos nomes mais famosos ligados aos graves problemas da Reforma do Processo e da Organização Judiciária do período em referência e imediatamente posterior, quer em Inglaterra (BENTHAM), quer na Suíça (BELLOT), quer na Holanda (MEYER), quer na Bélgica (ALLARD), quer na Alemanha (FEUERBACH), sem já contar com os numerosos autores franceses desse mesmo importante período histórico e imediatamente anterior (como VOLTAIRE, DOMAT, THOURET, FAURE, BIGOT-PRÉAMENEU, ALBISSON e outros) e com os juristas italianos dos dois importantes movimentos de codificação processual (do século passado e do presente), como PISANELLI, VACCA e CASTELLI, quanto ao primeiro, e ORLANDO, MORTARA, CHIOVENDA, CARNELUTTI, REDENTI, CALAMANDREI, SOLMI, e vários outros, em relação ao segundo.

de resolução convencional dos litígios: — problemas verdadeiramente fulcrais e candentes, não só desta delicada matéria, mas de toda a complexa e importante *teoria dos poderes e deveres do juiz* no processo civil moderno ⁽²⁹⁾.

2. E sendo também assaz evidente, mas carecendo em princípio e desde já de adequada formulação, o estreito nexo que decorre entre estas duas ordens de questões e a tal ou qual diluição sistemática da segunda no âmbito da primeira — a atestar a prioridade ou primado lógico-conceitual desta última sobre aquela; — e permitindo desta sorte e desde logo apreender, com particular vigor e nitidez de contornos, alguns dos aspectos teóricos e práticos mais salientes e relevantes da contraposição que vimos de delinear.

Assim e em boa verdade, se a transacção e a conciliação (e figuras contíguas) constituem fundamentalmente meros expedientes técnicos postos pela ordem jurídica à disposição dos particulares para estes se poderem subtrair aos incómodos, demoras e despesas dos pleitos judiciais, aos possíveis erros e desmandos dos julgadores, à chicana e avidez dos profissionais do foro, aos ódios e desordens gerados pelos processos contenciosos, como inevitáveis sequelas da luta

⁽²⁹⁾ Quanto aos nossos estudos aludidos no texto em que focamos os mencionados problemas da delimitação dos poderes do juiz no processo moderno, cf. em especial as nossas já citadas *Atendibilidade de factos não alegados* (Separata do *Bol. da Fac. de Dir. de Coimbra*, vs. XIX a XXI, Coimbra 1946) e *Abolição do juramento de parte e prescrições de curto prazo no vigente direito positivo português* (Separata da *Rev. Dir. Est. Soc.*, Ano II, n.ºs 2 e 3 — Coimbra 1946), além das também já citadas *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo* e *Reflexões sobre o problema da oralidade e questões conexas nas últimas reformas do processo civil em Portugal* (Conferência proferida no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra, em Julho de 1961).

judiciária (e porventura até às já apontadas contingências e riscos decorrentes da própria obscuridade, incerteza ou iniquidade do direito objectivo) ⁽³⁰⁾ — bases ou factores em que fundamentalmente assenta, como já salientámos, a tese *negativista ou da desconfiança* na função jurisdicional do Estado

⁽³⁰⁾ Este, com efeito, e como já vagamente acentuámos (*supra*, 34-38), o quadro clássico das principais ordens de razões e motivos que de um modo geral se apontam como plenamente justificativas da preferência incondicional dada à solução amigável dos litígios em face dos múltiplos inconvenientes dos processos judiciais: — e em que, como se vê, avultam, por um lado, deficiências inerentes à *estrutura* do mecanismo processual, da *organização judiciária* e até do *direito objectivo*; por outro lado, a *falibilidade* ou *parcialidade* dos juizes e a *chicana* da prática forense; por outro lado ainda, os transcendentales aspectos *sociais e morais* da salvaguarda da paz e da concórdia entre as famílias, que os processos contenciosos em geral tão fortemente comprometem; sem deverem excluir-se, finalmente, os relevantes aspectos *económicos* relativos à própria desvalorização dos direitos litigiosos em face dos mencionados riscos e despesas inerentes à condução da luta judiciária.

Sendo a este último propósito de sublinhar como particularmente frisantes e elucidativas: — as alusões de KÜSTNER a este aspecto do problema no seu já citado e importante estudo *Zur Frage der Güterverfahren* (publicado no *Arch. f. die civ. Prax.*, 33, de 1923, 225 ss.), o qual a tal respeito fala muito impressivamente de «gasto improdutivo de tempo e de dinheiro» (p. 227); e de MEYER (*o. c.*, v, 564), que, por sua vez, acentua (com particular incidência sobre direitos de propriedade), o mau uso e deficiente aproveitamento das potencialidades económicas dos direitos litigiosos decorrentes da incerteza dos respectivos possuidores sobre a sua efectiva e definitiva titularidade; — e que «o valor económico e social» da certeza jurídica são postos em geral em relevo por todos aqueles autores que, como ALLORIO (*La vita e la scienza del diritto in Itália e in Europa*, nos *Problemi di diritto*, III, 622), referem (como vigorosa acentuação deste importante e grave reflexo dos processos judiciais), que muitos comerciantes têm o costume de inscreverem os montantes dos seus créditos litigiosos entre as verbas do *passivo* das

acima esboçada⁽³¹⁾ — seria inteiramente lógico e razoável concluir, por múltiplos e óbvios motivos, que aos Tribunais não pode, em princípio, ser consentida outra intervenção que se não traduza, pelo que concerne à transacção, no aludido controle formal, e pelo que toca à conciliação, no mero elogio abstracto (que alguns por esse motivo tributam de meramente platónico)⁽³²⁾, das vantagens da solução pacífica dos litígios, do alto ideal da paz e da concórdia no seio das famílias, em face dos apontados e consabidos inconvenientes e prejuízos de toda a ordem inerentes à prossecução do debate judicial. — De tal sorte que, nunca os juizes poderiam em realidade imiscuir-se na modelação do conteúdo concreto (dos termos substanciais ou cláusulas) da solução amigável, em ordem

suas empresas (ou seja, como totalmente perdidas para o activo do património real das mesmas).

(³¹) Vid. *supra*, 34-38 e notas 19 e 20.

(³²) Vid. entre nós ALBERTO DOS REIS, que em vários dos seus numerosos e valiosos escritos dedicados a este tema, sublinha insistentemente esta mesma ideia, propendendo para confiar, por esse motivo, a conciliação apenas a magistrados de carreira (inclusive ao juiz da causa) e nunca a entidades electivas ou de nomeação governamental não judiciais. (Confronte neste sentido em especial: — *Organização Judicial*, Coimbra 1909, 107 ss.; *Código de Processo Civil anotado*, II, 1949, 319 e 326, e III, 1950, 174 ss.; *Breve estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, 1929, 226 ss.; e a *Rev. de Leg. e de Jur.*, ano 73.º, 55 ss., onde este nosso autorizado processualista reproduz em parte as razões expendidas em defesa daquele seu ponto de vista durante a discussão do Projecto de Código de Processo Civil de 1936, da sua autoria, de que resultou o Código de 1939; e vid. ainda, acerca desta mesma discussão, além do que ALBERTO DOS REIS reproduziu nos seus últimos escritos citados, as *Actas n.ºs 19 e 20* da referida Comissão Revisora, publicadas na *Rev. Ord. Adv.*, 1946, III e IV semestres, 318 ss. e 325 ss., respectivamente.

a procurarem traduzir e tutelar a relação preexistente: — o que, por um lado e além do mais, estaria em flagrante contradição com o próprio pressuposto da desconfiança sistemática que envolve, no plano ético-social e jurídico-político, a falta de eficácia, de operosidade (e porventura até de dignidade) do exercício da função jurisdicional do Estado, e portanto da actividade dos juizes como julgadores⁽³³⁾; e nem seria de admitir tão pouco, por outro lado, que estes pudessem em princípio desenvolver para tal fim qualquer actividade que implicasse um mecanismo de instrução e decisão idêntico ao do processo contencioso, em qualquer das suas formas histórico-positivas mais correntes, e pudesse por isso redundar, de longe ou de perto, em todos aqueles inconvenientes e riscos que com a supressão e afastamento do próprio processo fundamentalmente se procuravam evitar.

Importando, porém, e desde já, salientar, num breve parêntesis, que a despeito desta à primeira vista muito impressiva objecção (que numerosos e categorizados autores, sobretudo a partir de BENTHAM⁽³⁴⁾, têm invocado para atacar a própria legitimidade dogmática e utilidade social do processo conciliatório preliminar, estruturado como um processo de feição jurisdicionalística)⁽³⁵⁾, todavia, algumas das mais importantes e progressivas legislações processuais antigas e modernas, e justamente das que mais directamente influenciaram

(33) Pelas várias ordens de motivos enunciados, *supra*, 34-38 e 47, p. 48, notas 19, 20 e 30.

(34) *O. c.*, 173 ss.

(35) Vid. uma expressa alusão a este argumento da mais recente e muito autorizada e progressiva doutrina espanhola em relação ao peculiar sistema conciliatório da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1865, em GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1945, tomo II, v. I, 1.ª parte, 9, 12 e 67 nota 2).

a elaboração do processo publicístico do nosso tempo — que assumiu, como se sabe, a sua mais alta expressão técnica e político-social na já citada e famosa Ordenação processual civil austríaca (*Österreichische Zivilprozessordnung—Z. P. O.*), de 1895, da autoria de FRANZ KLEIN⁽³⁶⁾, — atribuem àquele processo precisamente a referida configuração. — E que também já entre nós no século passado alguns autores, precisamente a quando da primeira tentativa de introdução do processo preliminar obrigatório de conciliação, criado pela primeira Constituinte francesa de 1790 (a já citada e famosa *Lei de 16-24 de Agosto* deste ano) no nosso direito liberal (através do também já aludido *Projecto de Constituição* de 1821⁽³⁷⁾, arts. 162.º e segs.), falavam da conciliação como de um *autêntico processo*, embora menos formalista e oneroso que o processo comum contencioso: — mas em que havia (ou podia haver, em princípio) articulados, produção de prova, debates e outras actividades de tipo jurisdicional ou arbitral; — inculcando claramente deste modo que tal

(³⁶) Ou sejam, as também mencionadas e célebres Ordenação judicial geral dos Estados prussianos (*Preussische Allgemeine Gerichts-Ordnung—A. G. O.*, de 1793 e a Ordenação processual civil alemã (*Deutsche Zivilprozessordnung—Z. P. O.*), de 1877 (esta última, especialmente após as importantes e já mencionadas Reformas de 13 de Fevereiro de 1924 e de 27 de Outubro de 1933. E vid. também sob o aspecto focado no texto da feição jurisdicionalística da conciliação preliminar, *infra* nota 38 e pp. 53-59.

(³⁷) Vid. o texto completo deste citado *Projecto de Constituição de 1821*, no aludido «*Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, 1822, v, 14 e em LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, II, Coimbra 1894, 166-197; e sobre a importante discussão do mencionado preceito do artigo 162.º deste mesmo *Projecto* o citado *Diário*, v, 121 ss.

configuração não afectaria este instituto de qualquer íntima contradição lógica (38).

(38) E, com efeito, o referido argumento, ou antes, a pretensa e irremovível contradição que nele se pretende enunciar, afigura-se-nos, como oportunamente nos propomos demonstrar no decurso deste estudo (vid. *infra*, Parte II, Cap. III), pelo menos até certo ponto, facilmente superável. — Dado que com a tentativa conciliatória de tipo arbitral (e não vinculativa), como a que supomos em geral consagrada tanto naquelas como em algumas outras legislações antigas e modernas (entre as quais propendemos a inserir não só as nossas primeiras reformas liberais como ainda o Código de Processo de 1939), não se trataria em nosso entender de procurar substituir um «processo» (contencioso ordinário), por um simples «não-processo» (a tentativa de composição amigável), que equivallesse ou implicasse a plena abolição daquele; mas antes de sobrepor ou antepor a um sistema processual rígido, extremamente complicado, demorado e dispendioso, como era o processo judicial característico do direito comum (que em grande parte, não obstante a preocupação, a boa vontade e o engenho dos legisladores do século XIX, não deixou de predominar nas principais legislações elaboradas neste século, nomeadamente a francesa de 1806 e a italiana de 1865), um outro mecanismo judicial mais simples, rápido, ágil e económico, mas conduzido porventura por juizes laicos (não togados), susceptível de lograr a obtenção de soluções *justas* ou, pelo menos, *equitativas* (no sentido corrente em matéria de arbitragem, de equidade *substancial e formal*), sem os enormes dispêndios, lentidões e tormentos a que o processo oficial ordinário sujeitava os contendores: — no que, aliás, reside, como oportunamente procuraremos demonstrar, o destino ou *finalidade ideal* da função judiciária moderna, como meio de realização de uma justiça verdadeiramente humana, eficaz e económica, operando no seio da sociedade, o almejado ideal da justiça na paz ou, numa última síntese, da *justiça persuasiva*. — Sendo particularmente frisantes neste mesmo sentido, quanto à nossa mencionada legislação da época liberal, como adiante se verá mais de espaço (vid. *infra*, 224 ss.), o já citado artigo 162.º, II e III partes, do *Projecto de Constituição de 1821* e o artigo 283.º da *Constituição Espanhola de Cádiz de 1812* — que muito possivelmente lhe serviu de imediata fonte de inspiração: — preceitos aqueles que, a

Mas se, ao contrário, ambas estas figuras jurídicas (e bem assim todas as que lhe são contíguas ou próximas) houvessem de ser entendidas e estruturadas como formas peculiares de tutela do direito objectivo «orgânicamente integradas e incorporadas» (35) nos próprios fins superiores e publicísticos da

propósito da conciliação preliminar obrigatória, falam explicitamente, por um lado, em *decisão extrajudicial* e em que o juiz de paz *decidirá* como lhe *parecer de equidade*; e referem, por outro lado, que «se as partes *não aquiescerem* a ela (à referida «decisão extrajudicial») poderá então receber-se ao autor a sua acção em juízo, sendo instruídas de uma certidão do dito autor (citado art. 162.º, II e III); e exprimindo-se em termos singularmente semelhantes o artigo 283.º, II parte, da mencionada *Constituição de Cádiz*, ao aludir explicitamente a que o Alcaide (entidade que desempenhava ao tempo a função de conciliador) «*tomará*», ouvido o parecer dos dois assessores ou homens bons, nomeados um por cada parte, a «providência» que lhe parecer própria para o fim de terminar o litígio: — «*como se terminará en efecto* — lê-se naquele citado preceito — «*si las partes se aquietan con esta decision extrajudicial*».

(39) Como sustenta KRETSCHMAR no seu já citado (*supra* 11, nota 5) e notável (embora pouco conhecido) ensaio publicado no v. 33 da *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Recht*, sob o título de *Zur Prozessvergleichslehre* (213-282), que foi o primeiro autor alemão moderno com que deparámos que teria procurado fazer-se eco e procurado dar expressão dogmática adequada a uma relativamente recente tendência de certo sector da doutrina alemã de começos deste século, para aperfeiçoar, em sentido jurisdicionalístico, as figuras da transacção processual e da composição amigável em geral, modelando a tentativa e o próprio «debate conciliatório» (*Güteverhandlung*) como um «processo peculiar» («*eigenartiges Verfahren*) no qual para a «clarificação da situação de facto» (*zur sachlichen Aufklärung*) podiam ser produzidos «meios de prova» (*Beweiserhebungen vorgenommen werden können*) (o. c., 214); e reconduzindo-as a uma fonte histórica nacional (o chamado processo *mit minnen*), que PLANCK e SCHWARZ, eminentes figuras da «escola histórica», propugnadores da orientação germanística

função jurisdicional civil, dentro dos altos objectivos de pro-

do processo civil moderno, localizam no direito alemão medieval. — Vid. abertamente neste último sentido a obra de PLANCK, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, I, § 45, 332, sob o título «*Surrogate gerichtlicher Verhandlung*», e o conhecido estudo de SCHWARZ, *400 Jahre deutscher Zivilprozessgesetzgebung*, 1898, 390, ambos citados por KRETSCHMAR (o. c., 228 nota 1); e ainda CHIOVENDA, no notável escrito *Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile*, inserto nos *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1900-1930) — nova ed. dos *Saggi* e dos *Nuovi Saggi*, I (Roma, *Foro Italiano*, 1931), 209 nota 125 e 211 nota 136.

E parece que esta mesma ideia foi igualmente perfilhada por KÜSTNER, no seu também já citado e importante estudo *Zur Frage der Güteverfahren*, que terá de alguma maneira inspirado a progressiva *Reforma alemã de 13 de Fevereiro de 1924* que introduziu o processo conciliatório preliminar dos §§ 495 e seguintes, perante o juiz distrital (*Amtsgericht*) no vigente Código processual civil alemão de 1877 (*Z. P. O.*), atribuindo-lhe justamente, como já se referiu e mais detalhadamente se verá no texto (*infra*, 264), a natureza marcadamente jurisdicionalística de um autêntico processo especial (cf. por todos neste sentido NIKISCH, *Zivilprozessrecht*², Tübingen 1952, § 80, I, 1, 312); e terá sobretudo prevalecido no *Projecto de Código de Processo civil alemão* de 1931, (§§ 231 ss.), que segundo SCHÖNKE (o. c., trad. espanhola cit., § 83, IX, 299) configurava o processo conciliatório em referência não já como um processo especial (antecedente ou preliminar do juízo contencioso ordinário), mas como *parte integrante* deste mesmo juízo contencioso.

E uma idêntica linha de pensamento está também de algum modo expressa na afirmação deste último autor, segundo a qual a mencionada tentativa conciliatória preliminar da mencionada *Reforma* de 13 de Fevereiro de 1924 não é um processo de jurisdição voluntária, mas antes *uma parte do processo civil*: — de tal sorte que lhe devem ser aplicadas como normas supletivas, as da própria Ordenação processual civil germânica (*Z. P. O.*) de 1877 e não as da *Lei da jurisdição voluntária* (o. c., § 83.º, I, 295). — O que tudo justifica a sua conhecida e muito impressiva síntese de que o processo civil não é só um litígio, senão que há-de cumprir também funções de «prevenção» (*ibi-*

funda cooperação entre a justiça privada e esta mesma função,

dem): — ou mais rigorosamente uma genuína função de «*profilaxia social*» (*ibidem*, 13).

Também em sentido bastante próximo destes três autorizados juristas alemães se pode e deve ainda e desde já citar na doutrina italiana, entre outros, MORTARA (cit. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, Milão, edição sem data, III, e *Manuale della Procedura Civile*, I, Turim 1913, 580) o qual, como melhor se verá no decurso deste ensaio (*infra*, Parte II, Cap. I), sustenta que o processo conciliatório preliminar do Código italiano de 1865 (art. 1.º) se situa estruturalmente «numa zona extrema ou de confins da jurisdição contenciosa»; e sustenta do mesmo passo que tendendo aquele processo ao mesmo resultado da relação processual ordinária, não podem desconhecer-se a «afinidade de cooperação e as relações de boa vizinhança entre a função conciliatória e a função jurisdicional. — E na doutrina espanhola GUASP, o qual nos seus já referidos e excelentes *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (tomo II, v. I, primeira parte, Madrid 1945) sublinha insistentemente a natureza marcadamente processual da tentativa conciliatória dos artigos 460.º e segs. da referida Ley, atribuindo-lhe em múltiplas passagens a natureza técnico-jurídica não de um processo de jurisdição voluntária, mas de um *auténtico processo especial* (vid. *o. c.*, 8 nota 1, 9 n.ºs II e III, 11, n.º 3, 13, n.ºs 4 e 5, etc.) com expresse e aberto reconhecimento da possibilidade de produção de prova, com base fundamentalmente no artigo 471.º-2 daquela mesma Ley (*o. c.*, 63, 1, 64, I, A e 65).

E cumpre desde já também sublinhar (embora voltemos ao assunto no decurso do presente estudo) o papel decisivo que a consulta do referido e importante ensaio de KRETSCHMAR, a que aludimos no começo desta nota, desempenhou em um momento verdadeiramente crítico, diremos mesmo dramático, da elaboração da nossa investigação: — no sentido de não nos deixar desesperar da tentativa que nos propusemos levar a efeito ao iniciá-la e ao programá-la, de sustentarmos em relação ao nosso direito positivo (e ao direito moderno em geral) a tese *jurisdicionalística* aqui delineada, para a qual, desde os nossos primeiros contactos com este delicado, mas aliciante tema (já travados, aliás, durante a última fase da elaboração da nossa já citada *Atendibilidade*

já definidos vigorosamente por alguns autores, ⁽⁴⁰⁾ e representassem assim, de algum modo, a superação prática e ideal dos apontados inconvenientes tradicionais da justiça estadual pròpriamente dita (de natureza impositiva ou coerciva) — *tese positivista* ou *da confiança* na referida função — segue-se que o juiz (ou entidade equipolente) teria então, mesmo como conciliador, de *fiscalizar e cooperar* activa e eficazmente (*paternalisticamente*, na expressão corrente entre os autores franceses e italianos, sobretudo do século passado) ⁽⁴¹⁾ na formu-

de factos não alegados, a p. 108, notas 1 e 2 e 110) nos sentimos francamente inclinados (vid. em especial sobre estes vários e últimos aspectos, *infra*, Parte II, Cap. III).

⁽⁴⁰⁾ Como ocorreu, em especial, com MORTARA (nos termos reproduzidos no contexto da nota antecedente), com FERRARA SANTAMARIA (*o. c.*, 36 ss.) e, de um modo geral, com todos os autores alemães referidos naquela mesma nota. — Cf. também *supra*, pp. 18-23, notas 12 e 13.

⁽⁴¹⁾ Vid. por todos, neste sentido, em relação à doutrina francesa: — o já referido Tribuno FAURE, citado frequentemente pelos autores antigos e modernos (como PANSEY, *De la compétence des juges de paix*, Bruxelas 1830, 241 ss., BONCENNE, cit. *Théorie de la procédure civile*, Bruxelas 1839, 86 ss., CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris 1937, 38, e muitos outros), o qual alude à função essencialmente conciliatória do juiz de paz, afirmando, entre outras coisas—que se trata de um «magistrado» que não pensa, que não existe «senão para os seus concidadãos», para o qual os «menores, os ausentes, os interditos constituem o objecto particular da sua solitudine», que é «como um pai no meio dos seus filhos», que «diz uma palavra e as injustiças são reparadas, as divisões extinguem-se, as queixas acabam» e que «recebe por seu lado a mais doce das compensações, sendo por toda a parte querido e respeitado»; bem como MEYER (*o. c.*, IV, p. 370), que explicitamente sustenta que o «poder paternal que a lei atribui ao juiz de paz parecia combinar nas suas mãos todos os meios de se tornar útil aos seus concidadãos, abrindo-lhes as vias da conciliação; e BONCENNE (*o. c.*, 86) que parafraseando FAURE, retrata o juiz de paz remetendo-se «à equi-

lação dos termos concretos da solução conciliatória ou transactiva: — com vista a procurar a todo o transe, pelo menos,

tativa simplicidade do *patriarca*, distribuindo aos seus filhos uma justiça isenta de despesas e desembaraçada das regras da arte de julgar»; e o próprio PANSEY (*o. c.*, 241) que igualmente fala do Tribunal de Paz como «do altar da concórdia», e do juiz de paz como de «um magistrado popular» que com ele «fará subir àquele altar» a franquesa, a candura, a boa-fé, a integridade e sobretudo a piedade para com o infeliz e a indulgência para com as fraquezas», «que falará e os ódios se extinguirão, as paixões se quebrarão aos seus pés, a paz reinará nas famílias e os corações perversos abjurarão dos seus culposos desígnios», e é assim «o amigo, o árbitro, o pai, mais do que o juiz dos seus concidadãos, que prevenirá os processos pelos seus conselhos e os delitos pela sua vigilância, e que se alguma vez brilha nas suas mãos o gládio da justiça, muitas mais vezes nelas se verá a oliveira da paz».

E em relação à doutrina italiana podem também citar-se, entre muitos outros: — BORSARI (cit. *Il Codice italiano di Procedura Civile annotato*³, Nápoles-Roma 1872, 414, que explicitamente define a conciliação como uma «função inteiramente moral e *quase paterna*»; PATERI (*I Conciliatori-Commento-formolario*², Roma 1913, 30), que alude à função conciliatória dos Pretores e Conciliadores, como expressão da «natureza bastante familiar, ou antes *acentuadamente familiar* do processo que se desenvolve perante uns e outros»; LA TORRE (*La riforma giudiziaria in Itália*, Roma 1885, 194), que da mesma sorte e em termos algo semelhantes sublinha a natureza «*eminentemente popular*» ou *doméstica* da função do conciliador, afirmando explicitamente que ele «se interpõe como autoridade essencialmente paterna e dita composições, *pronuncia juízos* como órgãos da *equidade*, com o sentido prático das coisas, com o conhecimento imediato das pessoas e das suas relações».

E finalmente neste mesmo sentido podem ainda apontar-se: — entre os autores antigos, BENTHAM, que na sua manifesta preferência pela conciliação judicial fala na eficácia da acção do juiz como conciliador, por ser o «amigo natural das partes» (*o. c.*, 175); e na definição do seu célebre sistema ideal do «processo natural», em que havia de converter-se a acção conciliadora do juiz, em contraste com o

impedir⁽⁴²⁾ que, em princípio, e salvo hipóteses excepcionais inteiramente justificadas, de *intensa dúvida* (objectiva ou subjectiva)⁽⁴³⁾ ou de *acentuada desproporção* entre o valor do objecto em litígio e as despesas do processo⁽⁴⁴⁾ e dentro de limites mais ou menos rigorosamente definidos (ou seja, dentro do já referido âmbito do conceito legal de *solução de equidade*), a composição amigável ou convencional dos litígios viesse a destoar mais do que em certa medida (legislativa

«processo técnico» (composto de uma multidão de regras obscuras e difíceis, cujo resultado é «prolongar os processos, torná-los extremamente dispendiosos e vexatórios, sem ter nenhuma tendência a produzir decisões justas»), refere explicitamente que o modelo deste processo é «tomado do *governo doméstico*» (o. c., 276), em que a «*brandura paternal*» pode ser considerada como uma garantia da sua justiça e da sua moderação» (o. e l. cit., nota 1); — e entre os mais modernos, BAUMBACH (*Zivilprozess und freiwillige Gerichtbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, 583, cit. na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, 336, também cit. *infra*, nota 71, da p. 82), que na sua conhecida tendência para converter todo o processo civil em jurisdição voluntária (de índole conciliatória), sustenta que nesse sistema (típico da concepção nacional socialista do Estado alemão do tempo), o juiz deve operar como o «amigo das partes», restabelecendo entre elas a ordem e a paz (vid. também *infra*, 82 ss., notas 71 e 72); e GUASP (*Commentarios* cit., tomo 2.º, v. I, parte 1.ª, 9), que caracteriza a conciliação no plano sociológico como traduzindo-se em «esforços amistosos ou *familiares* do conciliador para a eliminação de um conflito de interesses».

(42) Cumpre com efeito notar que as primeiras e mais salientes manifestações do pendor jurisdiccionalístico da conciliação moderna surgem sob uma forma um tanto vaga e sobretudo *negativa* (mas quanto a nós altamente impressiva, pelo vigor com que é em geral formulada pelos autores), como firme repúdio pelas transacções ou composições que envolvem sacrifício ou violação de direitos *evidentes* ou *incontestáveis* (vid. neste sentido *infra*, 68 s., nota 58).

(43) Vid. *infra*, 66 s., nota 58 e 69, nota 59.

(44) Vid. também *infra*, 69, nota 58.

ou racionalmente consentida), da sentença que viria a ser proferida, se o debate ou processo judicial prosseguissem até final decisão.

3. E se se procurar preferentemente definir e teorizar mais de perto (no plano dogmático), sob um outro ângulo já ao de leve afluído, a posição relativa das partes e do juiz em face de cada uma destas orientações — com vista a evidenciar qual é verdadeiramente em cada uma delas, do ponto de vista da dinâmica jurídica, o elemento energético dos institutos em exame: se a vontade privada individual, se a vontade (ou autoridade) pública estadual, — chega-se à seguinte contraposição clássica, que reveste nesta matéria o mais transcendente alcance e oportunidade, e a que a doutrina, aliás, não tem dado neste campo, que o saibamos⁽⁴⁵⁾, o merecido relevo.

No primeiro caso, estar-se-ia em presença de uma visão puramente *privatística*, *contratualista* ou *dispositiva* (no aspecto substancial e positivo) e *anti-jurisdicionalística*⁽⁴⁶⁾ (no aspecto processual ou negativo) dos referidos institutos: — pois que seria *exclusivamente* às partes que incumbia determinar e modelar o conteúdo da solução amigável do litígio, afeiçoando (com eficácia vinculativa, negocial e imediata) o resultado do processo à sua livre determinação volitiva; no segundo, desenhar-se-ia uma concepção vincadamente *publi-*

(45) Pelo menos, no tocante à admissibilidade lógico-dogmática da segunda alternativa que nos interessa e passaremos seguidamente a focar.

(46) Vid. *supra*, (34-38 e 47 e notas 19, 20 e 30) os múltiplos aspectos em que esta concepção postula uma visão vincadamente negativista e até algo *pejorativa* do processo e da função jurisdicional civil.

cística ou *jurisdicionalística* (*declarativa*, portanto) ⁽⁴⁷⁾ des-

(47) Cumpre, todavia, acentuar que esta expressão é aqui tomada no sentido específico e genérico da *declaratividade* das sentenças judiciais, ou seja, da actividade principal da função jurisdicional do Estado (exercida através do processo declarativo ou de cognição), que visa fundamentalmente a averiguação e «declaração» da verdadeira realidade da situação jurídica que constitui objecto do litígio.

Não devendo, pois, confundir-se com o sentido que a esta mesma expressão atribui a corrente dominante da chamada doutrina da *natureza declarativa* dos negócios processuais, designadamente da transacção, a qual, como a seu tempo se demonstrará, constitui no fundo uma doutrina de pendor nitidamente dispositivo e voluntarista. — Posto que, embora atribuindo em geral aos negócios processuais os mesmos efeitos (de caso julgado, retroactividade, etc.) das decisões judiciais, todavia só neste aspecto da eficácia os equipara a estas mesmas decisões; uma vez que, quanto à natureza e estrutura dos mencionados negócios, tudo assenta fundamentalmente e apenas na *livre determinação da vontade* negocial dos litigantes, sem a menor preocupação, e muito menos a garantia, de que tal vontade *coincida* com a verdadeira situação litigiosa: — preocupação e garantia que constituem em princípio, como se sabe, a verdadeira essência e finalidade específica da função jurisdicional moderna — que como tal não se propõe apenas alcançar o fim da certeza e da *mera composição* ou pacificação *formal* dos litígios, mas realizar verdadeira justiça, o que pressupõe a mais rigorosa reconstrução da *verdade substancial* da situação preexistente.

Ver-se-á, porém, oportunamente, a propósito duma breve análise do panorama dogmático da doutrina moderna, que afloram já em alguns autores, dentro da referida corrente de orientação, nítidas tendências para se assimilarem os negócios processuais com a sentença judicial também do lado da estrutura: — sustentando-se, quanto àqueles negócios, uma noção de *declaratividade* segundo a qual as partes visam através da composição amigável traduzir (pelo menos *aproximativamente*) a verdadeira realidade, natureza ou substância, da situação incerta ou duvidosa que constitui objecto do litígio (vid. neste sentido, o que já acima se referiu na nota 26, de p. 41, acerca das alusões e impressivas fórmulas aí focadas de KRETSCHMAR e de GILLET; e vide sobretudo

tes mesmos institutos, os quais se configurariam, então, como modalidades *sui-generis* de administração *estadual* (ou pelo menos *mista* de estadual e privada) da justiça civil.

E por isso mesmo é que (também olhada deste ângulo e dentro desta nova e peculiar perspectiva), ali tão-sòmente se consentiria ao juiz o já descrito exercício de uma actividade apenas dirigida a apreciar e documentar a *regularidade formal* dos acordos privados, pelas partes livremente aceites e concertados: — no que respeita, quer aos requisitos da disponibilidade do objecto, da liceidade da causa e da forma do negócio, quer ao aspecto subjectivo da capacidade jurídica e judiciária dos litigantes⁽⁴⁸⁾; — enquanto que, dentro da segunda

o que se dirá a seguir no texto (*infra*, Parte II, Cap. I), acerca da posição declarativista de muitos autores italianos modernos, designadamente MORTARA, CALAMANDREI, ASCARELLI, CARNELUTTI, GRANDI e outros, neste importante debate.

(48) Devendo, porém, e desde já frisar-se que este controle tende modernamente — se bem que um pouco forçadamente, na linha desta fundamentação contratualista, diga-se de passagem — a estender-se também, pelo menos em relação a certas figuras do instituto em apreço, à análise da fundamentação *jurídica e lógico-abstracta* da relação controvertida. — Como sustentam, em especial, BETTI e CHIOVENDA — tidos em geral por contratualistas confessos (vid. *infra*, Parte II, Cap. I), — ao fazerem aplicação deste critério, particularmente à renúncia e ao reconhecimento da acção; e falando a tal propósito da emissão pelo juiz, na apreciação desses actos processuais, de juízos de *relevância lógica* e juízos de *relevância jurídica*. — Entendendo os mencionados autores que, pelos primeiros, o juiz nunca ficaria vinculado a homologar confissões ou desistências do pedido que tivessem por base alegações de factos *impossíveis* ou *notòriamente inexistentes* ou *contraditórios*, bem como declarações determinadas por evidente *má fé* ou por *simulação* processual; e que, pelos segundos, o juiz teria de indagar — no caso de confissão — se no sistema jurídico a aplicar existiam *normas ou princípios jurídicos abstractos* que justificassem a pretensão do autor, e se

corrente de orientação, nem estes últimos renunciariam inteiramente aos altos objectivos sociais e políticos da «luta pelo

nestes concorriam os requisitos próprios da acção (interesse, legitimidade e poder de agir).

Entre nós, o nosso saudoso Mestre JOSÉ ALBERTO DOS REIS, sustentou em 1946 (com uma certa coerência, aliás, com a orientação vincadamente contratualista da conciliação e dos negócios processuais que a esse tempo perfilhava) que esta doutrina se não podia aceitar no nosso direito, por limitar demasiadamente o alcance da confissão, da desistência e da transacção, por um lado, «e exagerar, por outro, o poder de apreciação do juiz». Já vimos, porém, (*supra*, 40 nota 23) e melhor veremos oportunamente (*infra*, Parte II, Cap. III), que mais tarde, (em 1949 e sobretudo em 1950), o pensamento deste autor evoluiu nitidamente em sentido jurisdicionalístico, pelo menos a propósito da conciliação judicial, perfilhando algumas das razões que nesse mesmo sentido nós próprios, desde 1945, na nossa citada *Atendibilidade*, (109 e nota 2, 124 nota 2, 164 nota 2, 165 e nota 2 e 166 nota), — e mais afoitamente a partir de 1949, no nosso também já citado *Relatório* dirigido ao Instituto de Alta Cultura (vid. *supra*, 41 nota 23), vínhamos invocando na base da análise do direito moderno, sobretudo italiano e germânico. — Vid. sobre o presente tema e acerca da mencionada primeira orientação de ALBERTO DOS REIS, o seu já referido *Comentário ao Código de Processo Civil*³, v. 3.º, 1946, 535 ss., e em sentido contrário, CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*³, Nápoles 1923, 736 ss. e BETTI, *Diritto Processuale Civile*³, Roma 1936, 325 ss. e 530; e sobre a segunda orientação do mesmo ilustre autor o seu também já mencionado *Código de Processo Civil anotado*³, II, 1949, 327, e mais nítida e vigorosamente o v. III, 1950, 174 e 179, e o nosso aludido *Relatório*, enviado em 1949 ao Instituto da Alta Cultura, em que dávamos resumida notícia dos resultados obtidos na presente investigação no uso duma Bolsa de Estudo que em 1947 nos havia sido concedida para Espanha (Madrid), a fim de podermos consultar material bibliográfico, sobretudo alemão, que julgávamos absolutamente indispensável (como efectivamente viemos a verificar que o era) para o poder levar a cabo; — e acerca do mesmo *Relatório* vid. também as largas remissões que lhe fazemos no decurso deste ensaio (designadamente *supra*, 41 nota 23 e *infra*, Parte II, Cap. III).

direito»⁽⁴⁹⁾, nem tão-pouco o juiz como conciliador (e através dele o Estado) abdicaria em princípio da sua função específica e precípua do *dicere jus*⁽⁵⁰⁾: — antes procurando exercer

(⁴⁹) Ver em especial sobre este ponto JHERING, *A luta pelo direito* (trad. de JOSÉ TAVARES BASTOS, Porto 1910, 15 ss., 22 ss. e 48 ss.) também citado com aplauso por VALSECCHI, *La transazione* cit., 144 e nota 12.

(⁵⁰) Vide abertamente neste sentido a notável e já citada *Relazione* do Código de Processo Civil italiano, de 1940, n.º 8, p. 19, subscrita pelo já mencionado Ministro da Justiça do Governo fascista de Mussolini DINO GRANDI, que promulgou este tão importante diploma legislativo processual dos últimos tempos — mas que, como já referimos (*supra*, 19 nota), aparece por vezes imputado ao punho de outros autores, como CALAMANDREI; e a alusão mais ou menos aberta a este importante aspecto da questão feita por CARRESI (*La Transazione* cit., 109 nota 2), e por CORRADO (*Il negozio di accertamento*, Turim 1942, 34 nota 2) e sobretudo por alguns eminentes autores alemães, tais como KRETSCHMAR (*o. c.*, 213 ss.) que fala explicitamente, como já sublinhámos (*supra*, 11, 41, 53 e 60 notas 5, 26, 39 e 47), em o juiz como conciliador dever indicar às partes, embora com a necessária reserva, «a posição aproximativa da balança», e ROSENBERG (*o. c.*, 180) que traça, por sua vez, (como também já acentuámos — *supra*, 44 nota e 60 nota 47), para *directiva suprema* do juiz na condução da sua actividade conciliatória, o dever usar de *tacto e prudência*, e de só poder lograr uma proposta conciliatória que *satisfaça ambas as partes*, depois de suficiente debate com estas em que obtenha a *plena clarificação* do assunto, cabendo-lhe inculcar-lhes, consoante as circunstâncias, a renúncia do autor, a confissão do pedido por parte do réu ou uma transacção (*ibidem*); e por último SCHÖNKE (*o. c.*, § 83, I, 295 e IX, 289) que como também já sublinhámos (*supra*, 54, nota 39), igualmente descreve a conciliação preliminar dos §§ 495 e segs. da Z. P. O. alemã, como *uma parte* do processo contencioso, ponderando que ela só é verdadeiramente fecunda quando *inserida* no próprio processo (*o. c.*, p. 299): de tal sorte que no debate conciliatório «o juiz há-de examinar a questão, apreciando todas as circunstâncias, em colaboração com as partes e tratando de obter a conciliação entre elas» (§ 499, c, 1, da Z. P. O.); e que «em não poucas ocasiões será necessário que o juiz manifeste às partes a sua opinião pessoal acerca do assunto», admi-

(como tal), em rigoroso sentido técnico-jurídico, autêntica função de *jugador* (ou de *árbitro público*), controlando substancialmente (em face da lei e sobretudo da equidade), a situação controvertida, com vista a *persuadir* as partes — este o sentido verdadeiramente construtivo e transcendente desta orientação — a acatarem voluntariamente a solução legal, ou (como já acima se deixou sublinhado) ⁽⁵¹⁾, a afastarem-se dela apenas aquele tanto e naquela particular e específica direcção em que um eventual afastamento dos comandos jurídicos estaduais (substantivos e adjectivos), só poderia em última análise representar *aproximação* do mais alto ideal da *justiça natural* ou da *equidade* ⁽⁵²⁾ (também em

tindo *provas* «contanto que sejam breves e possam realizar-se no acto, como testemunhas, documentos e ditame pericial» (§ 499, c, 3, da Z. P. O.)» — *o. c.*, § 83, VI, 3, 297; e remetendo-se, por último, aos autores que como LANGE (*Entscheidung und Ausgleich im bürgerlichen Recht*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, 1297), assimilam, pela sua identidade de funções, a decisão judicial e a actividade conciliatória do juiz (*o. c.*, § 32, I, 112).

⁽⁵¹⁾ Vid. *supra*, 56-59 e notas 41 e 42.

⁽⁵²⁾ Cremos ter a maior importância para a rigorosa interpretação do verdadeiro sentido e alcance transcendente da conciliação judicial moderna, quer no nosso direito quer nos sistemas legislativos e doutrinários que lhe serviram de fonte, sublinhar a quase perfeita equivalência destas duas ordens de expressões e de conceitos em vários autores: — como DOMAT (*Le Droit public*, liv. II, tit. VII, sec. I, § III, 185), e com notável pormenor, vigor e limpidez de conceitos o nosso malgrado e insigne ROCHA PENIZ (citados *Elementos de Prática Formulária*, pp. 10, § 22, 30, § 66, 31, § 70, 34, §§ 77 e 78, 35, § 79, 36, § 84, 40, § 93 e 41, § 95); e, por último, embora um pouco mais veladamente, BENTHAM (*o. c.*, 276 e nota 1), na medida em que modela o sistema do processo *natural* (em contraposição ao conceito de processo *técnico*) sobre o *governo doméstico*, e neste salienta o carácter peculiar da *ternura paternal*, conside-

sentido substancial ou formal) ⁽⁵³⁾, em face do por vezes frio, estático e severo rigorismo da justiça e do direito estritamente legais. — Ficando reservada ao conceito *técnico* (ou *civilístico*) tradicional da transacção ⁽⁵⁴⁾, como solução assente em concessões recíprocas de base intermédia ou paritária ⁽⁵⁵⁾, mais ou menos acentuadamente aleatória ⁽⁵⁶⁾, e livremente fixadas

rada como uma garantia da sua justiça e da sua moderação» (ou *equidade*).

⁽⁵³⁾ No sentido desta *dupla acepção* do conceito de equidade, pode ler-se SARACENO, *Il procedimento davanti al pretore ed al conciliatore*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1942, 188 ss., e em especial 214 nota e 215 nota e também *supra*, 52 nota 38.

⁽⁵⁴⁾ Vid. *supra*, 4 nota 3 e *infra*, notas 213, pp. 170-176, *passim*, e 308, p. 232.

⁽⁵⁵⁾ Vid., neste mesmo sentido, em relação à importante e específica função conciliatória do Estado Corporativo Italiano da época fascista, que se inspira, como já aludimos (*supra*, 34, nota 18), no princípio da *colaboração social* «em torno do grande fulcro das composições paritárias dos interesses humanos», e vê nesta complexa, mas mais imediata e rápida autotutela privada, «a mais moderna luz de civilização humana», o já citado LUIGI FERRARA, *Moderni problemi del diritto* (Milão, Giuffrè, 1938), 166.

⁽⁵⁶⁾ Como também veremos oportunamente (*infra*, notas 58 e 59), este carácter de aleatoriedade das soluções transactivas, em face do pressuposto da incerteza e do conseqüente possível desequilíbrio das concessões das partes, é posto com alguma frequência em relevo pelos autores, que muito sugestivamente tendem a aproximar esta figura jurídica do contrato do seguro, pelo qual se visaria cobrir os riscos inerentes à incerteza e falibilidade das sentenças judiciais: — representando o eventual sacrifício de uma parte do respectivo direito, o preço que se paga pela vantagem de evitar o risco duma decisão totalmente desfavorável. — Vid. neste sentido, entre muitos outros autores que poderiam citar-se, CARNELUTTI (*Sistema cit.*, I, 171), LUIGI FERRARA (*o. c.*, 165), FERRARA SANTAMARIA (*La giustizia privata*, Turim 1938, 205 ss.), CARRESI (*o. c.*, 108 nota 1); — e já muito sugestivamente, entre os antigos,

pelas partes, apenas os casos especiais e já indicados⁽⁵⁷⁾ de *dúvida séria* e preferentemente *objectiva*⁽⁵⁸⁾, ou de *grande*

LAVIELLE (*Études sur la Procédure Civile — Nécessité de reviser le Code de 1806*, Paris 1862, 28), o qual fala dos *acidentes dos tribunais*, dos *sinistros dos processos*, das demoras judiciais, «das despesas excessivas e de tantos outros inconvenientes que se assinalam, se deploram e se reprimem desde há séculos», mas que (na impressiva síntese do mesmo autor) «se renovam sempre, como o curso dos astros com imperturbável fixidez»; e explica ainda (numa nota) que o uso da expressão *sinistros dos processos* se justifica plenamente pela formação de companhias de seguros contra a *perda das despesas dos processos*, aludindo a uma cujo reclame diz ter então (em 1862), sob os olhos com a denominação de: — *Mutualidade judiciária*; acabando por sublinhar a tal propósito «que é verdade que as despesas do processo representam muitas vezes todo o interesse do próprio pleito» (o. c., 28, nota 1).

(⁵⁷) Vid. *supra*, 58.

(⁵⁸) Constitui, todavia, como a seu tempo se verá com maior detalhe, uma das mais árduas, antigas e generalizadas disputas da teoria da transacção, relativas à determinação dos requisitos específicos desta figura jurídica, o saber se ela tem necessariamente de incidir sobre relações duvidosas (*res dubia*) ou se pode também ter por objecto relações certas, legitimando-se o recurso à transacção, não só em caso de incerteza mas também no de simples *timor litis*, e na primeira hipótese, se a dúvida ou incerteza tem de ser *objectiva*, se pode ser simplesmente *subjectiva* ou revestir até natureza *mista*. — Cumprindo desde já observar que a orientação que integra a transacção e a conciliação nos fins gerais da função jurisdicional civil, exaltando os méritos e finalidades transcendentais desta alta função do Estado, só pode logicamente admitir a clássica solução das concessões recíprocas (nas bases amplas e de feição salomónica que correspondem à noção romanística deste requisito), em caso de dúvida muito acentuada (*objectiva*) sobre a situação litigiosa, quer no aspecto dos factos, quer do direito: — «direitos incertos na prova ou na lei», como refere o nosso insigne e malogrado ROCHA PENIZ (*Elementos de prática formulária cit.*, Lisboa 1816, § 73 ss., 32 ss.), o qual na esteira de DOMAT sustenta no nosso direito uma concepção de pendor vincadamente jurisdicionalístico da con-

desproporção entre o valor da causa e o custo do processo,

ciliação, *assimilando-a* à arbitragem de equidade. — Enquanto que a orientação que contrapõe e *sobrepõe* a transacção ao processo, sustentando que é sempre preferível realizar uma transacção, ainda que manifestamente lesiva de direitos *certos e incontestáveis*, do que recorrer aos tribunais — expressa, como já referimos (*supra*, 36, nota 19) no nosso conhecido brocardo «mais vale uma má composição que uma boa demanda» e nas equivalentes e já indicadas fórmulas da doutrina francesa, italiana e espanhola: «Mauvais accommodement vaut mieux que bon procès»; «val piú una magra transazione che una grassa sentenza» (mais vale uma transacção magra que uma sentença gorda); e «es mejor un malo arreglo que un bueno pleito», respectivamente — essa contenta-se com a incerteza *subjectiva*, ou chega mesmo a dispensar tal requisito, validando a transacção sobre direitos certos e evidentes, apenas para fugir aos riscos, despesas e tormentos dos processos judiciais — *timor litis*. (Vid. neste último sentido, em especial, MONTAIGNE e VOLTAIRE, citados por BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile*, Evreux 1862, 60 ss. e 75 ss.).

Verifica-se, assim, como que uma relação de proporcionalidade inversa entre os dois termos: — se se valoriza o processo, diminui o interesse pela transacção — sendo-se conseqüentemente *mais exigente* na determinação dos seus respectivos requisitos (*incerteza objectiva*); — e vice-versa.

Mas deve, desde já, também acentuar-se, que um dos resultados mais surpreendentes que a pesquisa histórico-doutrinal das origens e evolução da conciliação moderna (a partir da Constituinte francesa de 1790) pode revelar, reside em se constatar que, mercê dos fracassos práticos das primeiras experiências da introdução deste instituto em solo francês e dos ataques veementes que BENTHAM lhe desferiu (exaltando os méritos do processo e incitando à sua *reforma* antes que à sua pura e simples abolição e conseqüente substituição pelo instituto da conciliação), se gerou em França um forte movimento doutrinal (e até legislativo) de limitação das transacções, exigindo-se (quanto ao ponto em análise) o requisito da incerteza *objectiva* e repudiando-se, com fórmulas enérgicas e altamente impressivas, as transacções sobre direitos certos, incontestáveis ou evidentes, que só se justificariam

perante os quais os próprios juizes (porventura os mais doutos e sagazes) se sentiriam em consciência inteiramente perplexos

pelo mencionado e negativista princípio do *timor litis*. — Assim, DALLOZ afirma que uma tal transacção seria o «cúmulo da vileza» (*Répertoire cit.*, t. XLII, voc. *Transaction*, 639), e que uma conciliação em que se «cede a uma pretensão evidentemente injusta e desleal para evitar os incómodos ou os dissabores dum processo» é o «cúmulo da pusilanimidade num Estado sàbiamente regulado por leis» (*ibidem*, t. XII, voc. *Conciliation*, 21); PONT declara por seu turno que, em tal hipótese, «só há uma forma *honest*a de sair do litígio: — a renúncia ou o reconhecimento da acção, consoante é o réu ou o autor *quem tem razão*» (*Explication du Code Napoléon*, t. IX, 1867, 220); por sua vez LAURENT refere que «sem dúvida os processos são um mal, mas é um mal também sacrificar o direito para a manutenção da paz» (*Principes de Droit Civil*, t. 28, 328); e, por último, GUILLOUARD afirma que a transacção é «excelente logo que ela procura a paz a preço dum sacrifício pouco importante em relação com o fim perseguido»; mas que «é má e não deve ser aconselhada» mesmo por um «homem de bem», logo que constitui «um prémio e um encorajamento para a avidez ou a má-fé de um litigante temerário» (*Traité du Cautionnement et des Transactions*², 1895, 295); e muitos outros autores, entre os mais categorizados juristas franceses do século passado, como DURANTON (*Cours de Droit Français suivant le Code Civile*⁴, Paris 1844, t. XVIII, 416 ss. e 420 ss.), CURASSON (*Compétence des juges de paix, Prefácio*, 13, apud DALLOZ, *o. c.*, v. 42, 638 ss.) podiam ser citados no mesmo sentido (vid. *infra*, Parte II, Cap. II).

E é dentro desta mesma linha de pensamento que BENTHAM e MEYER falam de *denegação de justiça* e de *extorsão* do litigante mais tímido, embora com melhor razão, pelo litigante mais audaz e caviloso; e que por isso o primeiro destes autores só legitima a transacção também no caso de *dúvida objectiva* e de *desproporção* entre o valor do objecto do processo e o seu custo. — Sendo de notar que ambos estes critérios afloram igualmente na doutrina italiana mais recente, pois podem citar-se, a propósito do requisito da incerteza objectiva entre outros: — CARNELUTTI (*Sistema*, I, 174), com a exigência da transacção *justa e razoável*; ALLORIO, que na sua contraposição entre dois tipos

para fazerem rigorosa justiça ou, pelo menos, justiça economicamente equilibrada e operante⁽⁵⁹⁾.

de transacções — «desejáveis» e «danosas» — dá acolhimento apenas às primeiras, acentuando desta forma a *necessidade* do requisito da incerteza *objectiva* ou das *lides de boa-fé* (vid. a sua já citada *La Vita e la Scienza del Diritto in Italia e in Europa*, in *Problemi*, III, 1957, 622); e, por último, vincando a mesma ideia de incerteza *objectiva*, em conjugação com a alusão expressa à referida *desproporção*, pode citar-se a já mencionada *Relazione* ao Código de Processo Civil italiano de 1940, subscrita pelo Ministro GRANDI (n.º 8, 19).

Por seu turno, também na doutrina alemã HELWIG (*System*, I, 44) fala da transacção sobre direitos evidentes como de uma *irrisão dos juizes*; e com o mesmo alcance JHERING, usando de uma fórmula semelhante à de DALLOZ, considera igualmente como um «acto de vileza» a transacção realizada com litigantes temerários (cf. neste específico sentido, além da célebre *Luta pelo Direito* daquele famoso autor, trad. cit., 15 ss. e 20 ss., VALSECCHI, *La transazione*, cit., 144 e CARRESI, *La transazione*², também já citada, Milão 1956, 108 nota 2).

(⁵⁹) Vid. neste último sentido, e aludindo explicitamente à *perplexidade* dos julgadores, as muito impressivas e até por vezes algo pitorescas fórmulas usadas por MURATORI nalguns passos da sua famosa obra *Dei Difetti della Giurisprudenza* de 1742 (ed. Arrigo Solmi, Roma 1933): — sublinhando, em primeiro lugar (a p. 56), ser por vezes «a qualidade das controvérsias tão *escura e abstrusa*, que um homem entendedor mas sincero, e não adulator de si mesmo, deve confessar a sua perplexidade, e não saber bem a qual das partes compete, naquele caso, com acertado juízo a vitória»; salientando, seguidamente (a p. 180), «haver causas tão embrulhadas e duvidosas, que pode ficar suspenso o juízo ainda dos mais barbudos professores de jurisprudência»; e aconselhando abertamente para estes casos, por último, o recurso às transacções. — Assim, e precisamente neste mesmo sentido afirma o famoso iluminista italiano, que tão de perto inspirou o pensamento do nosso LUÍS ANTÓNIO VERNEY, nomeadamente em matéria de processo e de organização judiciária: — por um lado, e em conexão com a primeira das passagens que se deixa transcrita, que «se têm visto juizes notáveis (*onorati*) que em semelhantes obscuridades, antes que porem-se a

4. Delineadas nestes termos em breve esquema (e, como

julgar, louvavam a concórdia e algum acordo (*aggiustamento*) honesto entre os litigantes» (o. c., 56); e sustenta, em complemento da segunda das mesmas transcritas passagens, por outro lado, que nos casos de *dúvida séria* «a atitude legítima» do juiz deve ser, em primeiro lugar, exortar as partes «à concórdia e à transacção amigável» a realizar-se «ou privadamente entre si ou, muito embora com o seu consentimento, pelo próprio juiz, sublinhando do mesmo passo que «esta (atitude) será... parece a mais honesta e razoável» (p. 181).

E note-se que esta mesma ideia da intensa *dúvida e perplexidade* dos juízes para em certas causas poderem administrar boa e recta justiça, está de algum modo também expressa em THOURET (embora aqui visando em especial a grande variedade e complexidade das *formas ou formalismos* judiciais): — o qual, ao apresentar à Assembleia Constituinte em 1790 o Decreto orgânico das justiças de paz, salientava, entre outras coisas, que «a justiça de paz será desembaraçada das formas que obscurecem por tal forma os processos que o juiz mais experimentado não sabe quem tem e quem não tem razão». (Vid. autor cit., *apud* PANSEY, o. c., 241).

Pelo que toca à influência de MURATORI sobre VERNEY veja-se a exuberante demonstração de CABRAL DE MONCADA nos seus luminosos estudos *Conceito e função da Jurisprudência segundo Verney* (ed. sem data), *Um «iluminista» português do Século XVIII — Luís António Verney*, Coimbra 1941, 113 ss. (sobretudo na 2.^a ed. publicada nas *Actas Universitatis Conimbrigensis*, v. III dos *Estudos de História do Direito*, Coimbra 1950) e *O iluminismo italo-austriaco*, publicado nos *Estudos Filosóficos e Históricos*, II, nas referidas *Acta Universitatis Conimbrigensis*, 1959, 468 ss., com base no precioso «achado» da singular e quase totalmente inédita correspondência epistolar mantida nos anos de 1745 e 1749 entre os dois notáveis autores setecentistas, que aquele nosso eminente Mestre e insigne filósofo-jurista considera «como os dois chefes de fila do movimento iluminístico reformista católico do século XVIII na Itália e em Portugal: — constante essa correspondência de oito cartas de MURATORI para VERNEY, publicadas no *Epistolário muratoriano* de 1901, e de 12 cartas deste último para aquele, *totalmente inéditas*, existentes no *Arquivo Estense de Modena*.

anunciámos, ⁽⁶⁰⁾ numa primeira aproximação) as duas amplas e densas perspectivas lógico-sistemáticas e histórico-positivas que se abrem à consideração do jurista moderno para a compreensão e definição dos institutos em análise, nos vários planos em que até aqui os temos encarado; e sobretudo para a interpretação e apreciação dos possíveis significados do referido recrudescimento de interesse pelas conciliações e pela arbitragem quer nas legislações mais recentes, quer na prática jurisprudencial em geral ⁽⁶¹⁾, (devendo desde já acentuar-se que era e é de feição marcadamente *privatística e contratualista* — e portanto do assinalado pendor *negativístico e anti-jurisdiccionalístico*, como decorre das fórmulas e exemplos com que iniciámos este estudo — a orientação em regra seguida

⁽⁶⁰⁾ Vid. *supra*, 31 ss. e 39 ss.

⁽⁶¹⁾ Assim, por exemplo, VOLKMAR (*o. ult. c.*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1934, I, 274), refere que na Alemanha, após a reforma de 1924, cerca de 25 % dos processos da competência do *Amtsgericht* terminaram por conciliação; e CHIOVENDA referiu, por seu turno, na sua já citada *Relazione* de 1919 (*o. c.*, 64, § 118), que a conciliação fora experimentada nos tribunais italianos durante o breve período em que teve aplicação o Decreto de 27 de Agosto de 1913, para a actuação da Lei acerca do juiz único, como *extensão* das normas que vigoravam no Código de 1865 para o pretor e o conciliador (arts. 417.º e 464.º do referido Código), e que deu, segundo a sua própria experiência pessoal, bons resultados; sublinhando não dever esquecer-se que das estatísticas judiciárias dos países onde é consentido ao juiz interpor os seus bons ofícios entre as partes para tentar conciliá-las, resulta que um grande número de causas é exaurido ao nascer, reportando-se à cifra de 25 % nesse sentido indicada por SEMERARO (*Il processo civile austriaco*, na *Riv. Dir. Publ.*, ano de 1919, I, 49), em relação à Áustria: — percentagem esta também confirmada por H. HELLMANN no seu estudo *A oralidade no processo austriaco*, publicado na «Colectânea da Revista Forense» *Processo Oral* (Rio de Janeiro 1940, 153).

pelos nossos tribunais) ⁽⁶²⁾, importa determinar em face deste mesmo esquema, qual é nas suas grandes linhas a solução consagrada pelo legislador português e qual deve ser a solução desejável *de lege ferenda*. — A fim de poder apreciar-se criticamente, no tríplice plano interpretativo, histórico-comparado e doutrinal (em que especialmente nos colocámos na estruturação e programação do presente estudo), as referidas tendências legislativa e jurisprudencial e as inevitáveis repercussões e implicações decorrentes da sua apontada feição contratualista, tanto sobre a *finalidade* e o rendimento ético-social e jurídico-político da conciliação em si mesma considerada, como sobre o *nível* técnico e o *prestígio* da justiça administrada nos mais recentes e renovados sistemas judiciais, que, como o nosso, acolheram o princípio *publicístico* da valorização e aumento dos poderes (sobretudo instrutórios) ⁽⁶³⁾ do juiz, em conexão, nas suas grandes linhas, entre outros, com os princípios fundamentais da *verdade material*, da *livre apreciação da prova*, da *publicidade*, da *imediação*, da *concentração* e da *oralidade*.

Esta, repetimos, numa primeira síntese, a melindrosa, árdua e complexa perspectiva do tema em análise que nos

⁽⁶²⁾ Vid. *supra*, 1 e 2 ss. notas 1 e 2; cumprindo, todavia, salientar que se encontram na nossa Magistratura algumas raras mas honrosíssimas excepções, em que os juizes, mais por fina intuição e sensibilidade jurídica do que por clara e rigorosa consciência das exigências decorrentes duma rigorosa interpretação em sentido jurisdicionalístico dos textos vigentes, encarnam o humaníssimo papel do mediador amigável e paternal, que logra realizar entre os contendores uma justiça tão equilibrada e equitativa que os deixa plenamente satisfeitos com a solução que lhes é sugerida: — e assim inteiramente reposta a paz e a harmonia social, quebradas com a existência efectiva (ou simples ameaça) dum litígio judicial.

⁽⁶³⁾ Vid. *supra*, 60 nota 47; e *infra* 75-84 e notas 71-72.

propomos focar e desenvolver, embora muito sucintamente, no presente ensaio. — A qual só por si reveste em relação ao nosso vigente sistema de direito processual e judiciário o mais flagrante interesse e oportunidade, entre outras, por uma dupla e importante ordem de circunstâncias:

Em primeiro lugar, por ser extremamente (ou, pelo menos, algo) duvidoso determinar, só em face dos textos legais em vigor (bem como das correspondentes disposições das nossas reformas legislativas do presente século imediatamente antecedentes), ou seja, das nímias e aparentemente contrastantes fórmulas utilizadas pelo legislador português na delimitação do conceito da conciliação judicial oficiosa, (em que *alude explicitamente*, a partir do Código de 1939, ao requisito da «*equidade*») (64), em confronto com as disposições que definem e disciplinam a transacção, o reconhecimento e a renúncia (que, por sua vez, *fortemente inculcam* a natureza puramente *formal* ou *documentadora* da sentença homologatória do juiz) (65), — qual das duas mencionadas correntes encontrou expressão no âmbito dos sistemas legislativos civil e processual que ultimamente nos têm regido e presentemente nos regem. — Parecendo à primeira vista que os autores das nossas

(64) Trata-se dos já citados artigos 509.º e 513.º dos Códigos de Processo Civil presente e passado, respectivamente, os quais, pelo menos na aparência, inculcam ter querido o legislador processual retomar a nossa tradição doutrinal e legislativa da época liberal, como decorre dos já citados artigos 162.º do Projecto de Constituição de 1821 e dos demais preceitos legais mencionados na nota 27, pp. 45-46.

(65) Aludimos aos também já mencionados preceitos dos artigos 1710.º a 1714.º e 1248.º e 1250.º, dos Códigos Civis de 1867 e de 1967, respectivamente, em confronto com os artigos 298.º a 300.º, 304.º, 305.º, II e 306.º do Código de Processo Civil de 1939 e artigos 293.º a 295.º, 299.º, 300.º, 3 e 4 e 301.º, 2 do Código processual vigente.

mais recentes reformas processuais teriam dividido contraditoriamente (ou, pelo menos, um tanto incongruentemente), as suas preferências ora por uma ora por outra das apontadas soluções; — sem terem querido ou logrado fixar, com um preceito expresso e absolutamente inequívoco, qual delas em último termo havia de informar a lei e a prática jurisprudencial: — e isto, a despeito do vigor e alto significado histórico-doutrinal e técnico-dogmático da adopção da aludida fórmula «*solução de equidade*» nos mencionados artigos 513.º e 509.º dos Códigos de Processo de 1939 e de 1961 (66), se tomarmos sobretudo em linha de conta as muito singulares e significativas circunstâncias em que foi acolhida na primeira daquelas nossas citadas legislações (67).

Em segundo lugar, porque a apontada conexão do problema da composição amigável com a questão primordial e verdadeiramente candente das relações entre os poderes do juiz e a actividade das partes nos processos de inspiração publicística e inquisitória mais recentes (olhada pelo prisma da *conciliação judicial oficiosa* e da sua *larga expansão* prática e legislativa no mundo moderno) (68), reveste no nosso vigente sistema de direito positivo o altíssimo interesse de assinalar e ajudar a definir, pelo menos nas suas linhas fundamentais, o sentido dos *limites* (positivos e negativos) daqueles mesmos poderes: — dando particular acentuação a alguns dos mais *transcendentes* deveres que ao juiz incumbe observar em face dos particulares e do próprio Estado no âmbito da sua actividade especificamente jurisdicional.

Designadamente, e num plano culminante, ao que supo-

(66) Referidos na nota 64 da p. antecedente.

(67) Vid. *infra* 242, nota 322.

(68) Como acentuámos *supra* 7-11 e nota 6.

mos poder qualificar como *dever de persuasão*, consubstanciado precisamente na *quase obrigatoriedade* da iniciativa conciliatória oficiosa do juiz do processo⁽⁶⁹⁾. Dever este que, por sua vez e até certo ponto, pressupõe e compendia, entre outros: — o dever de *rigorosa averiguação e declaração* da verdade substancial⁽⁷⁰⁾; o dever de *absoluta lealdade e de*

(69) Vid. *supra*, 4, 56-59 e 64 e notas 2, 41 e 42 e *infra* 76-83 e notas 70-72.

(70) Dever que se encontra em geral configurado nos processos publicísticos modernos de inspiração prussiana (a já citada «Ordenação Judicial Geral dos Estados prussianos», de 6 de Julho de 1793 — vid. *supra*, 12 e 50 ss., notas 6 e 36) e austríaca (a também já várias vezes aludida Ordenação Processual Civil de 1895, da autoria do célebre jurista FRANZ KLEIN), como um autêntico *poder-dever* de direcção substancial do processo e de iniciativa instrutória do juiz (em ordem à averiguação da verdade material tanto no plano das provas, como porventura, até das alegações); e a que os autores germânicos dão em geral no seu conjunto a designação de «princípio de livre investigação» (*Untersuchungsmaxime*, *Untersuchungsgrundsatz* ou *Forschungsmaxime*), para evitarem, segundo SCHÖNKE (*o. e trad. c.*, 38) o uso da expressão *princípio inquisitório* (*Inquisitionsmaxime*), todavia também usada por alguns outros autores alemães e austríacos como ROSENBERG (já cit., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*², Berlin 1931, § 63, pp. 196 ss.), NIKISCH (*Zivilprozessrecht*², Tübingen, 1952, § 10, II, 1, p. 192), BLOMEYER (*Zivilprozessrecht-Erkennissverfahren*, Berlin-Heidelberg 1963, § 14, I, 2, p. 66) e WOLF (*Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrecht*², Viena 1947, 164) — porque tal expressão lhes recorda o conhecido e invectivado sistema processual *escrito, secreto e inquisitorial* do direito comum, tal como o definem MEYER (já cit., *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris 1823, t. IV, 273) e entre nós CABRAL DE MONCADA (*O Processo perante a Filosofia do Direito* cit., 32) — sistema esse larga e definitivamente ultrapassado pelos processos de feição publicística do nosso tempo, caracterizados fundamentalmente, em

cooperação com os litigantes não só nessa averiguação, como

contraste com aquele direito, pela *publicidade* do debate oral e pela *imedição* na produção de provas.

Sobre o alcance técnico e jurídico-político deste mencionado princípio de «livre investigação do juiz», também por vezes designado (em sentido mais amplo) como «princípio de *oficialidade*» (*Offizialprinzip* ou *Offizialmaxime*), ou «poder-dever de *direcção substancial* do processo» (*Prozessleitungspflicht* — SCHIMA —) ou «princípio da actividade do tribunal» (*Prinzip der Aktivität des Gericht* ou *Amtsgrundsatz*), em contraposição com o «princípio *dispositivo*» (*Dispositionsprinzip*, *Dispositionsmaxime*, *Verfügungsgrundsatz*), de «*discussão*» (*Verhandlungsmaxime*), de «*alegação*» (*Beibringungsgrundsatz*—BAUMBACH—) ou «da passividade do tribunal» (*Prinzip der Passivität des Gerichts*) — fundamentalmente característico dos sistemas processuais dominantes no século passado e mais fortemente ligados não só ao direito comum como ao direito processual francês de inspiração liberal e individualística ou manchesteriana — vid. por todos (sobretudo neste último sentido): — VOLKMAR (*La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 Ottobre 1933 e la sua importanza del lato della politica legislativa*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1934, I, 273 ss.), LENT (*Zivilprozessrecht*⁶, Berlim-Munich 1955, § 25, IV, 59) e WOLFRANG BERNHARDT (*Die Partheiherrschaft im Zivilprozess*, in *Deutsche Gemein—und Wirtschaftsrecht*, Leipzig 1935, n.º 5, 70, tradução in *Processo Oral* cit., ed. *Revista Forense*, Rio de Janeiro 1940, 181 ss.); — e em tese geral sobre as várias legislações e doutrinas que consagram esta mesma contraposição de princípios, vid. ainda e em especial SCHÖNKE (*Lehrbuch des Zivilprozessrechts*⁷ cit., KARLSRUHE 1951, § 7, 24 ss. e 28 ss. e *Derecho Procesal Civil*, trad. espanhola da 5.ª edição alemã, Barcelona 1950, § 7.º, 31 ss. e 38); ROSENBERG (*o. c.*, § 63, 196 ss.); WOLFF (*o. c.*, 164 ss. e 267 ss.); BLOMEYER (*o. c.*, 66 ss.); SCHIMA (*Considerazioni sul processo civile austriaco*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, 720 ss. e 723) e *Gemeinsames und Verschiedenes in Österreichischen und Italienischen Zivilprozess*, in *Studi in Onore Enrico Redenti*, II, 340); DE BOOR (*Rechtsstreit Einschliesslich Zwangsvollstreckung*, Berlim 1940, § 4, III, 30 e § 19, IV, 122); GOLDSCHMIDT (*Derecho Procesal Civil*, trad. espanhola da 2.ª edição alemã, Labor, 1936, 40); NIKISCH (*o. c.*, § 50, 190 ss.),

até na *completação e integração* do material de facto e de

GULDENER (*Das Schweizerische Zivilprozessrecht*, Zurich 1947, I, §§ 12, 14 e 15, 104, 111 e 118, respectivamente), CAPPELETTI (*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão — Giuffrè — 1962, Parte primeira, 304 ss., 307 ss., 309 nota 10, 312, 317, 318 ss., 353, 354 nota 1, 355 ss., e 373 nota 9); CALAMANDREI (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, *Studi in onore di G. Chiovenda*, Pádua 1927, 139 ss.); GUASP (*Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona 1943, 29 ss., 34, 38 ss., 45 ss. e 63); FAIRÉN (*Elaboration de una doctrina general de los procedimientos — Estudios de derecho procesal*, Madrid 1955, 264); CARNACINI (*Tutela giurisdizionale e técnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milão 1951, II, 717-730, notas 47 a 75, 732, 734, 736, 738-141, nota 191, 746, notas 111 e 112, 752 e 759-762 e nota 149); DENTI (*L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, na *Riv. Dir. Proc.*, v. XX, II série, 1965, 31 ss.); GURVIC e GHERZON («Norme fondamentali» del diritto processuale civile dell'U. R. S. S. e delle repubbliche dell'Unione, na *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, 1624 ss. e HAROLD BERMAN (*La justicia en la U. R. S. S. — Una interpretación del derecho soviético*, trad. J. R. Capella, Barcelona 1967, 340 ss. e a nossa já citada *Atendibilidade* (71 ss., 78 nota 2), na qual procurámos discriminar os vários ciclos ou zonas de incidência desta mencionada oposição de princípios, aludindo a uma sua tríplice acepção (ampla, restrita e ainda mais restrita), com base quer em um critério de extensão, quer de conteúdo dos poderes em cada caso confiados ao juiz e às partes, respectivamente, e ensaiámos uma classificação destas mesmas duas ordens de princípios (*dispositivo e inquisitório*), subdistinguindo por sua vez cada um deles em duas modalidades (*extrema e moderada*); — e em sentido em grande parte coincidente com o nosso (e com mais ou menos amplas referências àquele nosso indicado estudo), podem ainda consultar-se, em relação ao moderno direito português: CABRAL DE MONCADA (*O Processo perante a Filosofia do Direito*, Coimbra 1946, «Separata do volume de estudos em publicação do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra em honra do Prof. Doutor José Alberto dos Reis*, 11 ss., 14 ss., 19 ss., 30 ss., 35 ss., 37 ss. e 43 ss.); MANUEL DE ANDRADE (*Noções elementares de processo civil*, Lições ao Curso do 4.º ano jurídico de 1948-49,

direito do processo ⁽⁷¹⁾, o dever de realização de uma *justiça*

compiladas por A. M. DA VEIGA, 234 ss., e a *Nova Edição* revista e ampliada com a colaboração de ANTUNES VARELA, Coimbra Editora 1956, 267 nota 4, 359 nota 3 ss. e 363); ALBERTO DOS REIS (*Comentário ao Código de Processo Civil*, 3.º, 1946, 2 ss. e 7 ss., e *Código de Processo Civil anotado*, IV, 523 ss.); CASTRO MENDES (*Do conceito de prova em Processo Civil*, Lisboa 1961, 156 ss.) e por último VAZ SERRA (*Provas — Direito probatório material*, Lisboa 1962, 14 e 15, nota 21).

(71) Este outro dever, que indubitavelmente se compreende no âmbito mais lato do poder-dever geral de investigação da verdade material definido na nota anterior, traduz-se por seu turno, e em especial, numa das mais patentes e significativas limitações do direito processual dos nossos dias ao princípio dispositivo tradicional em sentido genérico, ou amplo (*Dispositions* ou *Verhandlungsmaxime*); — sobretudo quando tomado como expressão do predomínio do interesse e da autonomia da vontade privada no processo, através da determinação não só dos limites do pedido e da causa de pedir, como ainda da recolha do material de facto da sentença. — E consiste na franca e minuciosa indicação que deve ser dada pelo juiz às partes (através do exame exaustivo por ele feito, em colaboração com estas, da situação jurídica controvertida) de todas as deficiências da posição de cada uma delas no processo, no duplo plano das alegações (de facto e de direito) e das provas: — a fim de lhes proporcionar a oportunidade de corrigirem todas essas eventuais deficiências da sua posição na causa e desenvolverem, em ordem à plena fundamentação e defesa das suas pretensões, uma actividade judicial tècnicamente correcta e pràticamente útil e operante. — E dado o seu âmbito peculiar e a sua específica finalidade, este poder-dever analisa-se, por sua vez, numa dupla e importante directiva do juiz, que sobretudo os direitos e as doutrinas germânica e austríaca impressivamente definiram como «dever judicial de interrogatório e esclarecimento das partes» — *Fragepflicht* e *Aufklärungspflicht* (cf. por todos neste sentido NIKISCH, *o. c.*, 193 ss., § 50, II, 3; LENT, *o. c.*, 56; GULDENER, *o. c.*, § 14, 3, 112 nota 4; BOOR, *o. c.*, § 19, III, 119) e a nossa *Atendibilidade*, 8 nota, 111 nota 1, 121 nota 1 e 138 nota), explicitamente consagrado nos §§ 139 e 182 dos Códigos processuais (Z. P. O.) dos dois referidos países; — e que igual-

simples, pronta e económica, e, por último, como mínimo dos mínimos (e portanto, acima de todos os outros) o dever pri-

mente assumira naqueles diplomas legislativos algumas outras aplicações particulares, como seja o importante poder-dever de ordenar a comparência pessoal das partes para o esclarecimento dos factos da causa (§§ 141, 272, al. *h*) e 279, al. *a*), da Z. P. O. alemã e § 183 da Z. P. O. austríaca).

E cumpre ainda salientar que ambos estes importantes e significativos poderes-deveres do juiz estão, por sua vez, em estreita correlação com dois outros deveres específicos das próprias partes — os chamados deveres ou imperativos de *veracidade* e de *totalidade* ou *completação* (*Wahrheitspflicht* e *Volkständigkeitspflicht*) — que consistem, fundamentalmente, na obrigação que sobre elas impende de colaborarem lealmente com os tribunais na descoberta da verdade e na boa administração da justiça, cumprindo-lhes indicar ao juiz nas suas alegações, «integralmente e segundo a verdade», todas as mais significativas e relevantes circunstâncias de facto relativas ao litígio, e oferecendo do mesmo passo para a sua demonstração as provas convenientes e necessárias. — Devendo sublinhar-se que ambos estes deveres das partes estão também expressamente consignados quer no Código austríaco (§ 178), quer no Código alemão (§ 138) — (embora neste último sistema legislativo só após a importante Reforma do Processo Civil de 27 de Outubro de 1933), bem como nalgumas outras legislações mais recentes como o Código italiano de 1940 (art. 183), o Código sueco de 1942 (arts. 11, § 5.º e 43, §§ 4.º e 6.º n.º 1), o Código da Cidade do Vaticano de 1946 (arts. 20, 21 e 82), o Código Federal suíço de 1947 (arts. 3, 5 e 36) e a já mencionada Reforma francesa de 1958 (arts. 80, 263 e 264, II) (cf. *supra*, 13 nota 6). E acerca da exacta significação político-jurídica e do alcance prático e dogmático de todos estes deveres (poderes-deveres) do juiz, bem como das partes, que exprimem no seu conjunto, segundo os autores germânicos, uma feliz fusão do princípio dispositivo (*Dispositions — Verfügungsprinzip* ou *Verhandlungsmaxime*) com o princípio de investigação oficial (*Untersuchungsprinzip*), em que também já aludimos na nossa citada *Atendibilidade* (a pp. 131 nota 1, 133 a 135 nota 1, e 137) — vid. em especial WELSEL (*Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, Berlim-Leipzig 1935, 5 ss.); SCHÖNKE (*trad. cit.*, 32 ss.); GOLDSCHMIDT (*trad. cit.*,

mordial de *motivação das sentenças*, quer no aspecto de direito quer de facto. Não podendo deixar de considerar-se

40 ss.); ROSENBERG (*o. c.*, § 61, VI, 194 e § 63, II, 3, 197); DE BOOR (*o. c.*, § 19, VI, 120 ss.); NIKISCH (*o. c.*, § 53, II e VI, 203 ss.); NEUNER (*Il Progetto di un nuovo regolamento per il Processo Civile tedesco*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1934, I, 58 ss. e 64); VOLKMAR (*o. c.*, 273 ss., 276, 280, 286); LEGAIS (*Les règles de preuve en droit civile — «Permanences et transformations»* — Paris 1955, 25 ss.); DEBBASCH (*Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Étude de droit comparé interne*, Aix-en-Provence 1960, 367); CAPPELLETTI (*La testimonianza della parte cit.*, Parte I, 333 ss., 377 nota 1, 384 notas 1 e ss., 389 ss., e Parte II, 664 e 665, e *Ideologie nel diritto processuale*, na *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1962, 193 ss e 207); GURVIC e GHERZON (cit. *Norme fondamentali del diritto processuale civile dell'U. R. S. S. e delle repubbliche dell'Unione* — na mesma cit. *Rivista*, 1963, 1626 ss.); e DENTI (*L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. Dir. Proc.*, XX (2.^a série), 1965, 31 ss., 43 ss. e 64 ss. — Importando acentuar que o segundo destes autores (SCHÖNKE), atribui ao poder-dever de interrogatório e de esclarecimento do juiz, na estruturação do processo civil moderno, uma tal importância que o considera o elemento verdadeiramente *nuclear* da actividade judicial no próprio debate oral: — dado que, através dele, o Tribunal se torna verdadeiramente *partícipe* na responsabilidade pelo resultado do processo (cfr. *o. c.*, § 7, II, 1, pp. 33 e 197 e no mesmo sentido CHIOVENDA, *Relazione*, cit., pp. 18 e 27) e aponta por sua vez este debate oral (com explícita referência às próprias expressões verbais de uma das mais recentes reformas legislativas processuais alemãs — a «Ordem sobre a rapidez e imediação no processo», de 11 de Novembro de 1935) como «a medula de todo o processo» (*o. c.*, §§ 4, III e IV e 55, I, IV, 2, b), pp. 24 e 196-197); e vid. ainda VOLKMAR (*o. c.*, 279) que também salienta que se se parte do conceito que domina o Estado Nacional Socialista da *Volksverbundenheit* é facilmente compreensível que o juiz deva considerar a necessária direcção do processo não como uma tutela burocrática mas como uma estreita colaboração com as partes, que devem ser, até onde isso seja possível, ajudadas na tempestiva preparação da sua exposição e alertadas, também o mais rapidamente possível, sobre as eventuais

o juiz nestes múltiplos aspectos e planos o principal *responsável* ou pelo menos «*co-responsável*» (como refere explicita-

lacunas da sua exposição ou sobre os aspectos jurídicos por ela não considerados» (o. c., p. 279); e que finalmente DENTI, no seu supracitado e actualizado estudo (e em relação às mais recentes reformas da legislação russa e dos demais países socialistas em matéria de actividade judicial probatória, traduzidas na promulgação das já citadas «Normas fundamentais do direito processual da U. R. S. S. e das repúblicas da União», de 8 de Dezembro de 1961, entradas em vigor desde 1 de Maio de 1962), salienta que «os instrumentos principais, sob o plano da técnica normativa», de adaptação da legislação processual prebélica (referida, como é óbvio, à guerra de 1939-1945) aos princípios socialistas, foram aqueles institutos que já no processo «burguês» tinham um «potencial carácter inquisitório»: — entre os quais destaca, por um lado, o *Aufklärungspflicht* do juiz (do cit. § 139 da Z. P. O. alemã), considerado como expressão de «*verdade objectiva*»; por outro lado, o critério da livre avaliação das provas, que foi interpretado em sentido diverso do da «*intime conviction*», próprio do processo «burguês»; e, finalmente, a *obrigação de verdade* das partes, que através do interrogatório officioso do juiz se tornou um meio de prova para a descoberta da verdade por parte deste último» (o. c., p. 64).

Ver-se-á oportunamente (*infra*, 163 s. e 168 s.), que é ainda e sobretudo através deste importante *poder-dever* do juiz de *perguntar* e de *esclarecer* as partes e da forte e *autêntica imediação* que ele envolve, que se pode realizar, na opinião de alguns autores, aquele peculiar ambiente de lealdade e clarificação do litígio francamente propício para o juiz poder conduzir a bom êxito a conciliação das partes no processo conciliatório perante o *Amtsgericht*, criado, como já vimos (*supra*, 13 nota 6) pela mencionada Reforma de 13 de Fevereiro de 1924 — §§ 495 e ss. (cf. VOLKMAR, o. c., 276). Devendo igualmente e desde já referir-se neste mesmo sentido, por um lado, ROSENBERG que da mesma sorte (e em relação àquele indicado processo conciliatório preliminar) sublinha (como já acentuámos *supra*, 63 nota 50) que o juiz «só poderá apresentar uma conciliação *satisfatória para ambas as partes*, depois de suficiente debate (com estas) e *aclaração do conteúdo da causa*» (o. c., § 358, II, 6, p. 180 e trad. cit., p. 356); por outro lado, SCHÖNKE que por forma

mente ROSENBERG, *Lehrbuch*³ cit., §§ 58, II, 4. 179 e 63, I e II, 1 e 3, a) α e β , 195 ss.), pelo resultado justo ou injusto e pela

verdadeiramente impressiva, diremos mesmo inexcelsível, sustenta que, «no debate (conciliatório) o juiz há-de examinar a questão litigiosa, apreciando todas as circunstâncias em colaboração com as partes e tratando de obter a conciliação entre elas» (§ 499, c, I da Z. P. O.) e que para lograr esse resultado em «não poucas ocasiões será necessário que o juiz *manifeste às partes a sua opinião pessoal sobre o assunto*»; acrescentando que se admite *produção de «provas*, contanto que sejam breves e possam realizar-se no acto, como testemunhas, documentos e ditame pericial» (cit. § 499, c, 3) (trad. cit., 297 ss.); e, por último, o que sustentou BAUMBACH, no seu famoso, discutido e sugestivo escrito publicado na *Zeitschrift der Akademie für Deutsche Recht* (1938, 583 ss.), intitulado *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, no qual o conhecido e autorizado comentador da Z. P. O. alemã de 1877 (e então presidente do Kammergericht de Berlim), propugna, como já salientámos (*supra*, 58, nota 41) a transformação de todo o processo civil em processo de *jurisdição voluntária* (à semelhança da mencionada tentativa de conciliação perante o *Amtsgericht* introduzida pela já referida Reforma de 23 de Fevereiro de 1924), na qual o juiz não pode ser considerado como um órgão imparcial colocado acima do duelo entre as partes, mas antes intervir como um «amigo dos seus concidadãos» na composição dos conflitos de interesses, para estabelecer entre eles a ordem e a paz (*Ordner und Schlichter ihrer Uneinigkeit*). — Vid., acerca deste curioso estudo de BAUMBACH, os comentários algo reticentes de BULL publicados na mesma citada *Zeitschrift*, 1938, 629 ss., sob o título de *Ende des Zivilprozess?*, e as críticas francamente desfavoráveis e até um tanto irónicas de CALAMANDREI, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1938, 336 ss., sob o título (visivelmente inspirado nos comentários anteriormente referidos de BULL), de *Abolizione del processo civile?*

E também se não deve omitir neste momento e a este mesmo propósito que na já mencionada Ordenação Judicial Geral prussiana de 1793 — que deu, como oportunamente referimos (*supra*, 12, 51 e 75, notas 6, 36 e 70), neste como noutros importantes aspectos, o padrão dos processos publicísticos e inquisitórios modernos (em especial do pro-

eficiência ou ineficiência prática das decisões judiciais; e bem assim pela consecução das altas finalidades ético-sociais e político-jurídicas do processo moderno, que visam primordialmente o restabelecimento da ordem na justiça e a plena realização de uma *autêntica pacificação social* ⁽¹²⁾.

cesso austríaco) —, talvez mais do que o princípio do fortalecimento da autoridade do juiz no processo têm sido postos em evidência e exaltados pelos autores os aspectos da *imediação* e da *estreita colaboração* daquele último com as partes: — dos quais a conciliação judicial oficiosa, por aquele direito abertamente consagrada com nítida estruturação jurisdicionalística, não traduz senão um dos *mais fecundos e transcendentos resultados*. — Vid., por todos, neste último sentido, além de SCHÖNKE, trad. cit., 22: — KISCH, trad. cit., § 4, 3, p. 28; SEGNI, *Relatório* apresentado ao já mencionado «*Incontro*» realizado em Milão em 1955, sobre o tema do *Juiz instrutor no processo civil*, (inserido nos *Atti* do referido «*Incontro*» fra *Magistrati, Professori Universitari e Avvocati per lo studio del tema Il Giudice Istruttore nel Processo Civile — Dati di esperienza ed eventuali proposte di emendamenti*, Milão 1953, 14 ss.); SCAMUZZI, *o. c.*, p. 80 e MEYER, *o. c.*, v, 572; — se bem que alguns autores, como GALGANO, *Sulla riforme del procedimento civile*, in cit. *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, 157, acentuem apenas o lado do *aumento dos poderes do juiz*, negando até o carácter de imediação deste direito, pelo facto de o processo prussiano ter um *juiz instrutor*, distinto do juiz que julga a causa; e constituindo também neste aspecto um importante precedente do moderno sistema do juiz instrutor fortemente generalizado nos principais sistemas processuais hoje vigentes na Europa e na América (nomeadamente na Alemanha, na Itália, na França, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Suécia, na Turquia, na legislação processual federal da Suíça e no Estado da Cidade do Vaticano), como melhor se verá *infra*, 89-98 e em especial 91 nota 86. — Cf. também neste último sentido FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 64 ss. e 68.

(¹²) Supomos ser no fundo esta dupla e alta finalidade da função jurisdicional moderna que um dos autores citados na nota antecedente (BAUMBACH) põe em relevo, como nítida expressão do pendor

Sendo ainda de sublinhar, em relação ao último destes vários e transcendentos deveres do juiz (o *dever de motivação* das sentenças, sobretudo *em matéria de facto*), que a sua deficientíssima regulamentação legislativa, (e porventura ainda mais deficiente actuação jurisprudencial), no domínio da nossa legislação de 1939 — pela *total omissão* de um tal dever no texto legal relativo à decisão dos Tribunais Colectivos de primeira instância (arts. 655.º e 653.º, al. g), II do Código de Processo Civil daquela referida data), e pela sua *quase completa inobservância* por parte da maioria dos próprios juizes ou tribunais singulares ⁽⁷³⁾ — constitui sem dúvida, quanto a nós, em conjugação com o nosso inédito (e então extremamente

publicístico e paternalístico da concepção nacional-socialista do Estado alemão do tempo, ao sublinhar (como já se acentuou na nota 71 da p. 82) que o juiz deve operar como um *amigo das partes* restabelecendo entre elas a ordem e a paz (*Ordner und Schlichter ihrer Uneinigkeit*).

⁽⁷³⁾ E aqui, ao que nos parece, em estridente colisão, aliás, com os preceitos bem explícitos dos artigos 659.º e 158.º do Código de Processo de 1939, os quais, em conjugação com os artigos 668.º, n.º 2.º e 3.º, 772.º, n.º 2.º e 722.º, § 3.º desse mesmo Código, nos levaram a falar na nossa já várias vezes citada *Atendibilidade* (172 nota), na consagração pelo sistema legislativo português então vigente da garantia clássica do «dever de séria motivação em matéria de facto»; — se bem que a esse tempo chegássemos mesmo a propender para a extensão deste dever aos próprios Tribunais Colectivos de primeira instância, em face, sobretudo, do princípio geral que os citados preceitos espe- lham e do seu possível reflexo nas als. *h*) e *i*) do art. 653.º, ao falarem impressivamente em «deficiência, obscuridade ou contradição nas decisões proferidas», que sendo em geral atribuídas à simples formulação do sentido (ou dispositivo) das *respostas* ao questionário em si mesmas consideradas (*deficiência e obscuridade*), ou às suas relações umas com as outras (*contradição*), bem podiam lógicamente entender-se como «deficiência, obscuridade ou contradição» da *motivação* dessas mesmas respostas (decisões): — defeitos que constituem, na técnica

inseguro) sistema de *oralidade pura* introduzido nos tribunais

legislativa e na doutrina dominantes, os *motivos clássicos* de anulação das sentenças por *falta* (omissão) ou *vício* (insuficiência ou contradição) da motivação.

Vid., por todos, neste sentido, o bem explícito teor do art. 360.º, n.º 5 do Código de Processo italiano de 1940, na nova redacção que lhe foi dada pela Reforma de 14 de Julho de 1950 — Lei n.º 5 817 (cf. SATTÀ, *Le nuove disposizioni sul Processo Civile*, Pádua 1951, 53 ss.), correspondendo a um voto generalizado da doutrina, expresso numa das *Conclusões* do «Convénio dos Estudiosos do Processo Civil», realizado em Florença em 11 e 12 de Janeiro de 1947, e em que tomaram parte professores e assistentes do Processo Civil de quase todas as Universidades italianas.

Eis o teor da *Conclusão VI* do referido «Convénio»:

— «O Convénio, considerada a conveniência de assegurar um controle lógico das sentenças de mérito por parte da Corte de Cassação, propõe o alargamento da presente fórmula do «omisso exame de factos decisivos» até abranger nela a «motivação defeituosa»;

— Da qual derivou a nova e actual fórmula do mencionado art. 360.º, n.º 5, por sua vez do seguinte teor: — «As sentenças definitivas pronunciadas em grau de apelação ou em instância única, excluídas as do conciliador, podem ser impugnadas com recurso de Cassação:....: — 5) por *omissa, insuficiente ou contraditória* motivação acerca de um ponto decisivo da controvérsia formulada pelas partes ou da apreciação oficiosa do tribunal».

Acerca da aludida *Conclusão VI* do «Convénio» em referência e do teor integral das demais *Conclusões* nele formuladas, pode ler-se a notícia sobre esse mesmo «Convénio» publicada na *Riv. Dir. Proc.*, ano II, n.º 1, de Março de 1947, 66 ss. e 71; — e acerca das três indicadas modalidades fundamentais de vício de motivação, que hoje provocam a Cassação das sentenças quer no direito italiano, quer no direito francês, podem ver-se por todos, e respectivamente: — quanto ao direito italiano, SATTÀ, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milão 1960, Liv. segundo, Parte segunda, 207 a 213 e *Le nuove disposizioni sul Processo Civile* cit., 53 ss.; CALAMANDREI, cit., *Processo e democrazia* (Conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional do México), Pádua (Cedam) 1954, 95 ss. e 98 ss. e *Cassazione*

civis portugueses pelo Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932 (e mantido naquela legislação), e com várias outras deficiências do mecanismo do processo e da organização judiciária então vigentes (que a omissão e violação do referido *dever de motivação* em larga medida possibilitaram ou agravaram), uma das causas fundamentais da crise judiciária que no domínio daquela referida legislação se desenhou no nosso país — na qual concorreram, aliás, outros ponderosos motivos e factores (como a grande acumulação de serviço da maioria dos tribunais portugueses), em grande parte comuns aos das crises verificadas no decurso deste século também noutros países, como em especial em Itália⁽⁷⁴⁾. — E que teve

Civile, II, 374-375; NAPPI, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milão 1941, I, Parte II, 775 nota 3 ss.; ROSSI, in *Osservazioni e Proposte*, cit., v. 1.º, 357 — *Parecer da Universidade de Perugia*» (Relatório do mencionado ROSSI); CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Pádua (Cedam) 1937, 171 s. e 187 s. e ALLORIO, *Problemi* cit., III, 161; — quanto ao direito francês, CUCHE, *Précis de procédure civile e commerciale*, Paris 1937, 363 ss.; MIMIN, *Le style des jugements*, Paris 1936, n.º 185-201 e 305-421; GORPHE, *Les décisions de Justice — Étude psychologique et judiciaire*; Presses Universitaires de France, 1952, 113 ss., 159 s., 170 ss.; e VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordéus 1956, n.º 271, p. 475 s. e n.º 272-273, p. 481 s.

(74) Acerca de uma relativamente pormenorizada referência às crises do processo italiano, que determinaram não só as reformas legislativas processuais de 1940, 1948 e 1950, como, e muito particularmente, dos movimentos de reorganização judiciária, traduzidos nos substanciais aumentos dos quadros da magistratura já realizados (especialmente em 1939 e em 1957 — cf. *supra*, 6-9, nota 5), bem como, e sobretudo, do extraordinário acréscimo de 1200 novos magistrados recentemente proposto pelo Governo e aprovado pelo Parlamento em 1962 — vid. GRANDI, cit. *Discurso ao Senado de 10 de Maio de 1940* inserto na ed. oficial do *Codice di Procedura Civile* de 1940 — Roma 1942, p. XLII, as também cits. *Relazioni Ufficiali del IV Congresso Nazionale Giuridico Forense*,

como consequência e desfecho inevitáveis, como já acentuáramos⁽⁷⁵⁾, o louvável e relativamente amplo movimento de renovação legislativa processual e judiciária entre nós realizada nos últimos anos, e culminada com a promulgação do Código de Processo Civil e do Estatuto Judiciário de 1961. — Renovação esta pela qual, aliás, nós próprios, (modesta mas muito empenhadamente), nos vínhamos batendo havia vários anos; — sobretudo desde que, ao ensaiarmos um primeiro e muito hesitante esboço de revisão crítica sobre o nosso então recente (e em múltiplos aspectos progressivo) Código de Processo de 1939, nos apercebemos, com a maior surpresa e até certa preocupação e alvoroço — permita-se-nos que aqui uma vez mais o confessemos⁽⁷⁶⁾ — de que essa nossa algo famosa legislação processual⁽⁷⁷⁾, (que supúnhamos modelada nos mais puros e modernos cânones doutrinários e técnico-legislativos do

de Bolonha, Milão 1958, 218 ss., e ANDRIOLI, *Intorno alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 1962, 80; e cf. também *supra*, cit. nota 5, pp. 10-11 e *infra* 272 ss. nota 368.

(⁷⁵) Vid. *supra*, 8 nota 5.

(⁷⁶) Pois foram estas surpresa e preocupação que nos levaram a aludir à extrema importância e delicadeza do problema da revisão do nosso direito processual, quer já no nosso citado *Curriculum Vitae* (*supra*, 4 nota 2, 24-25 nota 14), quer ainda e de modo muito particular, com maior detalhe e insistência, nos dois também já citados estudos *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo* (*supra*, 3 nota 2, 7 nota 4, 24 nota 14) e *Reflexões sobre o problema da oralidade* (*supra*, 7 nota 4 e 38 nota 19).

(⁷⁷) E justamente famosa porque, por um lado, constitui o coroa-mento lógico do nosso importante movimento de Reformas processuais iniciado em 1926, que foi dos primeiros, (pelo menos entre os países latino-europeus e latino-americanos), que procurou dar expressão e concretização legislativa e positiva às modernas tendências de sentido oralista e publicístico, características do direito processual austríaco e germânico: pois que, como veremos pelas datas das várias legislações citadas no

processo *oral, imediato, concentrado e publicístico*, tão exaltado pela ciência processual de fins do século passado e de todo o presente século (sobretudo na Alemanha, na Áustria, na Suíça, na França, na Itália, na Espanha, nos países nórdicos e da Europa Oriental, nos próprios países anglo-saxónicos e latino-

texto (*infra* 92-96) e nas notas subsequentes, o nosso referido movimento de reformas antecipou-se, até certo ponto, ao direito turco (1927), jugoslavo (1929), polaco (1930), francês (1935 e 1958), brasileiro (1939), italiano (1940), sueco (1942), do Vaticano (1946), federal suíço (1947) e argentino (1953); e porque, por outro lado, quer por essa mesma e fundamental razão, quer também e sobretudo pelo seu ineditismo em matéria de garantias judiciárias, foi citado e comentado por numerosos e categorizados autores estrangeiros, como: ROBERTO GOLDSCHMIDT (*Intorno al progetto di un nuovo Codice di Procedura Civile portoghese*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1936, I, 277); COUTURE (*Oralidade e regra moral no processo civil*, in *Processo Oral*, cit., 107 ss.); LUIGI FERRARA (*Moderni problemi del diritto*, cit., Milão 1938, 176); ALCALÁ-ZAMORA (*Aportacion hispanica a la difusion de la ciencia procesal italiana*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Pádua 1953, 471 ss.), que fala no «êxito alcançado pela ciência processual italiana nos países hispânicos, ou melhor ibero-americanos, para incluir Portugal e o Brasil», que segundo este autor não têm escondido o seu entusiasmo por aquela doutrina; — «bastando pensar em relação a Portugal — refere ainda — em DOS REIS tão fortemente italianizado», e quanto ao Brasil no «influxo exercido pelo direito processual italiano sobre o seu Código de Processo Civil de 1939» (cf. *o. c.*, 174); o então Ministro da Justiça italiano ATILIO PICCIONI, na sessão inaugural do Congresso Internacional que acaba de referir-se, o qual acentuava a larga influência exercida pelos ensinamentos de CHIOVENDA sobre a doutrina espanhola, portuguesa e das repúblicas da América-Latina (*Atti cit.*, 6); e MAZZINI (cit. *Atti del secondo Corso di Studi — Centro Internazionale Magistrati — «Luigi Severini»* — Perugia-Milão 1957, 123); — e algo desfavoravelmente apreciado pelos três primeiros destes autores, em face da *insegurança* que o nosso regime de *oralidade pura* em seu entender necessariamente criava à vida judiciária portuguesa do tempo.

-americanos e até no Japão e na Turquia) ⁽⁷⁸⁾, estava em vários pontos fundamentais, e nomeadamente no tocante ao problema fulcral e delicadíssimo das *garantias judiciárias* (tradicionalmente consubstanciadas na consagração e actuação prática do indicado *dever de motivação* das sentenças, em conjugação com os princípios da *documentação da prova* em primeira instância e do *segundo grau de jurisdição em matéria de facto*, com possível renovação ou até produção de novas provas em segunda instância) ⁽⁷⁹⁾ — *em aberto contraste* (pelo menos quanto a estes últimos dever e princípios), com as mais importantes legislações processuais e projectos legislativos de pendor oralista, (e mais ou menos acentuadamente inquisitório), em que directa ou indirectamente se inspirou, como é de todos sabido, o nosso pujante movimento de reformas legislativas de 1926 a 1939 ⁽⁸⁰⁾. — Em especial, com as já referidas Ordenações processuais civis alemã (Z. P. O.) de 1877 (após as também citadas ⁽⁸¹⁾ e importantes alterações de sentido publicístico e inquisitório introduzidas pelas reformas de 23 de Fevereiro de 1924 e sobretudo pela de 7 de Outubro de 1933), austríaca (Z. P. O.) de 1895 e húngara de 1911; — com os Códigos dos Cantões suíços de Vaud de 1869 e de 1921, de Basileia de 1911, de Zurique de 1913, de Lucerna do mesmo ano e de Berna de 1918, além dos famosos Projectos legislativos

⁽⁷⁸⁾ Vid. *supra*, 83 nota 71.

⁽⁷⁹⁾ Vid. *infra*, 99-106.

⁽⁸⁰⁾ Vid. em especial os notáveis *Relatórios* do Decreto n.º 12 353, de 22 de Setembro de 1926 (p. 8 e 9) e do Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932 (p. 138 a 141), em que o legislador português abertamente confessa ter-se inspirado nas correntes doutrinárias e legislativas austríaca, alemã, italiana, suíça e outras indicadas no texto (cf. cit. «Colectânea» *Processo Civil e Comercial*, Coimbra 1933, 8-9 ss. e 138-141).

⁽⁸¹⁾ Vid. *supra*, 13, 51 e 54, notas 6, 36 e 39.

de CHIOVENDA de 1919, de MORTARA de 1923 e de CARNELUTTI de 1926; e bem assim com as que por sua vez mais decisivamente influenciaram as principais de todas estas mesmas legislações e projectos: — nomeadamente, o Code de Procédure Civile francês de 1806 e a Loi sur la Procédure Civile do Cantão de Genebra de 1819, em relação às mencionadas legislações alemã e suíça; e esta última e célebre legislação genebrina, da autoria de BELLOT, e as não menos famosas e já referidas legislações prussianas de fins do século XVIII — o *Corpus Juris Fridericianum*, de 26 de Abril de 1781, e a *Ordenação judicial geral para os Estados prussianos (Allgemeine Gerichts-Ordnung)* de 6 de Julho de 1793 — em relação à supramencionada Ordenação austríaca de 1895⁽⁸²⁾.

E em não menos estridente colisão, quanto aos aspectos considerados, segundo pensamos, por outro lado, com a maioria (se não mesmo a totalidade) das numerosas outras legislações e projectos, quer anteriores quer posteriores ao nosso citado movimento de reformas processuais, que por sua vez traduzem, em maior ou menor medida, a influência das supracitadas legislações prussiana, francesa, genebrina, alemã e sobretudo austríaca.

— Designadamente: — o Código de processo grego de 1834⁽⁸³⁾ e o Código processual holandês de 1838⁽⁸⁴⁾; — as

(82) Cf. *supra*, 11-12 nota 6 e 51 nota 36.

(83) Apontado por ESSER, ao lado do Código húngaro de 1911 e em paralelo com a generalidade dos Códigos suíços, como um sistema processual de feição publicística em que «não fez cativa experiência o interrogatório officioso das testemunhas» (vid. autor cit., *L'istruzione probatoria nel nuovo codice italiano di procedura civile ed i principi istruttori del processo civile tedesco*. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v. XIV, 1942, 242-243 e 251.

(84) Citado, no sentido indicado no texto, por CHIOVENDA, *L'oralità*

legislações e projectos processuais dos principais Estados da Confederação Alemã, que imediatamente antecederam e serviram de fonte à mencionada legislação unificada da Ordenação processual civil de 1877 (Códigos de Baden de 31 de Dezembro de 1831 e de 18 de Fevereiro de 1864, de Hannover de 18 de Fevereiro de 1850, o Projecto deste mesmo Estado — denominado por «Projecto de Hannover» — de 1862, os Códigos da Baviera de 2 de Fevereiro de 1859 e 29 de Abril de 1879, o Código de Württemberg de 3 de Abril de 1868 e o Projecto de novo código para a Confederação Alemã do Norte — conhecido por «Projecto Norte-Alemão» — de 1870) ⁽⁸⁵⁾; — as legislações processuais da maioria dos principais Cantões Suíços (além dos já mencionados de Genebra, de Vaud, de Basileia, de Zurique, de Berna, de Lucerna), como sejam, a Lei processual de Neuchatel de 7 de Abril de 1925, a Lei processual de San Gallo de 7 de Fevereiro de 1939 e o Regulamento das acções de reivindicação dos bens subtraídos dos territórios ocupados durante a última Grande Guerra, de 15 de Janeiro de 1946 ⁽⁸⁶⁾;

e la prova, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1924, 5 ss.; e também por BORDEAUX, *La philosophie de la procédure civile*, Evreux 186, 97 e 423 e SCAMUZZI, *Il Digesto Italiano cit.*, VIII, n.º 73 e 74, p. 60.

⁽⁸⁵⁾ Todas estas legislações são também apontadas pela generalidade dos autores alemães e estrangeiros como revelando a tendência oralística e publicística que se lhes assinala no texto.

Vid. neste sentido, em especial, SCHÖNKE (*o. c.*, 13 ss e trad. cit., 22 ss.); GOLDSCHMIDT (trad. cit., 28 ss.); ROSENBERG (*o. c.*, § 4, II, 15) e entre os autores italianos CHIOVENDA (cit. *Relazione de La riforma del procedimento civile proposta della Commissione per il dopo guerra*, 9).

⁽⁸⁶⁾ Sobre estas mencionadas legislações dos Cantões Suíços promulgadas até 1919, vid. CHIOVENDA, *o. últ. cit.*, p. 10; e sobre as posteriores àquela data (de Neuchatel, de San Gallo, etc.) vid. BERRI, *Orientamenti legislative svizzeri in materia di procedura civile — La*

— os citados Projectos de vários países escandinavos (finlandês de 1901, dinamarquês de 1905 e norueguês de 1913) e os sistemas legislativos hoje vigentes nesses mesmos países em geral (Códigos dinamarquês de 11 de Abril de 1916, em vigor desde 1 de Outubro de 1919, norueguês de 1915, em vigor apenas desde 1 de Julho de 1923, e sueco de 18 de Julho de 1942, em vigor desde 1 de Janeiro de 1948) ⁽⁸⁷⁾; — a legis-

nuova legge di procedura federale, na *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, 859, texto e nota 5), autor que explicitamente sublinha não só a natureza oralística e publicística dessas modernas legislações, mas ainda que constituem um importante precedente legislativo do sistema adoptado pela *Loi Fédérale Civile de Procédure Fédérale* de 4 de Dezembro de 1947, que consagrou o instituto hoje largamente generalizado na Europa, e até na América do Norte, do *juiz instrutor* em matéria civil (arts. 5.º, 1 e 3; 34.º e 35.º, 1 e 2 da citada *Loi Fédérale*. — Cf. *supra*, nota 71, p. 83.

Note-se também que CAPPELLETTI (*o. c.*, II, 737) sublinha que o Código de processo de Neuchatel serviu de modelo ao vigente Código de Processo turco de 24 de Julho de 1927 (citado a seguir no texto) que assim adoptou também o moderno sistema do juiz instrutor civil.

⁽⁸⁷⁾ Todos estes Projectos legislativos e Códigos de processo civil são também em geral citados pelos autores com o alcance que lhes é atribuído no texto. Vid. por todos CHIOVENDA, *Relazione cit.*, p. 10; FAIRÉN, *El proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz Klein*, na *Rev. Der. Proc.*, Madrid 1950, 8; WREDE, *Die Parteivernehmung im Zivilprozess der nordischen Länder*, na *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht des In-und Auslandes*, 12 (1923), 363-375, cit. por CRISTOFOLINI, *Rassegna di dottrine*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, 385; CAPPELLETTI, *o. c.*, Parte II, 730, 736, 739 ss., 742 ss e 747 ss.; SCHÖNKE, trad. cit., 25 (que alude também naquele sentido aos sistemas processuais nórdicos em geral); e por último MAZZINI, *Il processo civile in Itália*, nos *Atti del secondo Corso di Studi*, Perugia (1-28 de Setembro de 1955) — *Centro Internazionale Magistrati «Luigi Severini»*, Milão (Giuffrè) 1957, 118 ss., este último com especial

lação processual soviética de 1923 e 1936⁽⁸⁸⁾ e os muito recentes «Princípios Fundamentais de Processo civil da U. R. S. S. e das Repúblicas Unidas», de 8 de Dezembro de 1961⁽⁸⁹⁾; — as legislações dos países da Europa Oriental, quer anteriores, quer posteriores à primeira Guerra Mundial, directamente inspiradas nas legislações germânica e sobretudo austríaca (a já citada Ordenação processual húngara de 1911, os Códigos checoslovaco de 29 de Outubro de 1918, em vigor até há pouco⁽⁹⁰⁾, jugoslavo de 13 de Julho de 1929, em vigor desde 1 de Janeiro de 1933, e o Código polaco de 29 de Novembro de 1930 e a sua nova redacção de 1 de Dezembro de 1933)⁽⁹¹⁾;

referência e análise do Código processual único sueco, de 18 de Julho de 1942, entrado em vigor como se refere na texto (*supra*, nota 6, p. 12) em 1 de Janeiro de 1948.

(⁸⁸) Já citadas na nossa *Atendibilidade*, 117 nota 2, em CABRAL DE MONCADA, *o. c.*, 18 nota 3, e em CALAMANDREI, *Il processo civile in Russia*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, I, 287 ss.

(⁸⁹) Citados por DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1965, 61 ss., por FRANCHI, *Appunti sul processo di cognizione sovietico*, *Rivista cit.*, I, 1962, 241 ss., por GURVIC e GHERZON, *Norme fondamentali cit.*, in *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1963, 1624 ss. e por BERMAN, cit. *La justicia en la U. R. S. S.*, Barcelona 1967, 340 ss. (cf. *supra* 76, nota 70).

(⁹⁰) Como informam FAIRÉN (*o. ult. cit.*, 8) e COUTURE (*Relatório do Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideu 1945, 127). — E sobre a primeira destas legislações vid., além da nossa já citada *Atendibilidade de factos não alegados* (83 nota 1 e 135 nota 1, ss.) e de CABRAL DE MONCADA (*O Processo perante a Filosofia do Direito*, Separata já citada, 18 nota 3), CALAMANDREI (*Il processo civile in Russia*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1942, 287 ss.); CAPPELLETTI (*o. c.*, II, 715) e FRANCHI (*o. c.*, 241 ss.).

(⁹¹) Todos estes Códigos são em geral citados (com especial relevo, como vimos no texto, para os Códigos húngaro e polaco), como próximos parentes da «Ordenação processual civil alemã» (*Zivilpro-*

—e bem assim as legislações promulgadas nalguns destes países e em outros da mesma zona oriental europeia, já sob o domínio e influência da legislação soviética (Novela polaca de 1950, Código checoslovaco de 25 de Outubro deste mesmo ano, Códigos búlgaro de 8 de Fevereiro e da República democrática alemã de 2 de Outubro, Códigos húngaros de 1952 e 1954, Código jugoslavo de 7 de Dezembro de 1956 e Código Romeno deste mesmo ano⁽⁹²⁾); — as legislações processuais dos dois principais países asiáticos (Código japonês de 21 de Abril de 1890, em vigor desde 1 de Janeiro de 1897⁽⁹³⁾, e Códigos chineses de 1921 e 1925); — o Código turco de 1927⁽⁹⁴⁾; — as últimas e importantes reformas processuais francesas de 20 de Outubro de 1935, de 15 de Julho de 1944, de 22 de Dezembro de 1958 e de 13 de Outubro de 1965⁽⁹⁵⁾; — as Reformas judiciais inglesas

zessordnung ou Z. P. O.) de 1877 e filhos legítimos da «Ordenação processual civil austríaca Zivilprozessordnung — Z. P. O. de 1895). — Vid., por todos, neste sentido, SCHÖNKE (trad. cit., 25), FAIRÉN (o. c., 8), CAPPELLETTI (o. c., II, 708-711 e 712-717) e COUTURE (cit. *Relatório do Projecto de Código de Procedimiento Civil* do Uruguai, 127).

(⁹²) Vid. CAPPELLETTI (o. c., Parte II, 702, texto e nota 1, 703, texto e nota 2, 717 ss., 725 ss. e 728 nota 19) e DENTI cit. *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, 64-65).

(⁹³) Apontado como o primeiro dos Códigos processuais modernos que sofreu forte influência da «Ordenação processual germânica» (Z. P. O.) de 1877, já por CHIOVENDA (*Relazione* cit., 9 e *L'oralità e la prova* também cit., 15) e por CAPPELLETTI (o. c., Parte II, 708 ss.).

(⁹⁴) Vid. CAPPELLETTI, o. c., II, 737 ss.

(⁹⁵) Referidas e analisadas por SOLUS (*Le riforme della procedura civile francese*, na *Riv. Dir. Proc.*, I, vol. xv, 1960, 15 ss.) e no *Etude du project de Code Judiciaire*, Haia 1966, 41 ss.; e a primeira com especial detalhe por VANLAER (*Le Décret-Loi de 20 de Octobre de 1935*, Lille 1937); LABORDE-LACOSTE (*Précis Élémentaire de Procédure Civile et Voies d'Exé-*

da segunda metade do século findo (especialmente as de 1873 e 1883) e da terceira década do presente século (o *New Procedure* de 24 de Maio de 1932, as *Rules* de 17 de Dezembro de 1937 e o *Evidence Act* de 1 de Setembro de 1938)⁽⁹⁸⁾; — a mais recente legislação americana das *Federal Rules of Civil Procedure*, adoptadas pelo Tribunal Supremo dos Estados Unidos em 1938 e sucessivamente actualizadas, sobretudo em 1948⁽⁹⁷⁾; — a legislação irlandesa em vigor pelo menos

cution, Paris 1939, Suplemento sobre *Les Réformes de la Procédure Civile par les Décrets-Lois*, 1-58) e HÉBRAUD (*Réforme de la procédure*, na *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris 1936, 37 ss.).

(⁹⁸) Vid. sobre as citadas e importantes legislações de 1873 e de 1883, CHIOVENDA (*Relazione cit.*, 10), e o Relatório do nosso Decreto n.º 21 694 de 29 de Setembro de 1932, publicado na colectânea *Processo civil e comercial* de J. I. ALVARES DE MOURA, Coimbra 1933, 127 ss. e 139; — sobre as três últimas e progressivas reformas de 1932, 1937 e 1938, ROSSI (*Rassegna di letteratura e legislazioni*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1939, 178 ss.); — e sobre o processo inglês moderno, em relação ao problema da oralidade, da composição amigável e dos poderes do juiz em geral, CROCIONI (*Fase preliminare e dibattito nel processo civile inglese*, Pádua 1939, Prefácio, XI, XIII, XVII ss. e 1, 3 nota 1, 6, 7, 22 ss. e 191 ss.) e BALL (*The New Rules of Procedure*, Londres 1938, cit. apud ROSSI, *o. c.*, 179 nota 6).

(⁹⁷) Acerca do moderno direito americano, (nomeadamente a citada lei que introduziu o *Pre-trial procedure* nos Estados Unidos), cf. CROCIONI, *Cose d'America*, na já citada *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, 995, SENTIS MELENDO, cit. *La Ley argentina 14 237*, na *Rev. Der. Proc.*, 1956, 196 e nota 50 (numa sugestiva transcrição da opinião do jurista americano MAC-MAHON) e SERENI, *Principali caratteri del Processo Civile negli Stati Uniti d'America*, na *Riv. Dir. Proc.*, 1953, 199 ss.; — e sobre a evolução dos direitos anglo-saxónicos na matéria especial do testemunho de parte e das provas em geral, vid. CAPPELLETTI, *o. c.*, II, 421-431, DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove cit.*, 50-58, e FAZZALARI, *o. c.*, 64 nota.

até 1955 ⁽⁹⁸⁾; — o Código brasileiro de 18 de Setembro de 1939 e a Reforma de 1942 ⁽⁹⁹⁾; — o Código mexicano de 1942 ⁽¹⁰⁰⁾; — o Código do Estado da Cidade do Vaticano de 1946 ⁽¹⁰¹⁾; — o Código Federal suíço de 1947 ⁽¹⁰²⁾; — a Reforma argentina de 24 de Setembro de 1953 — Lei n.º 14 237 ⁽¹⁰³⁾; — e, por último, além de alguns já acima indicados, a longa série dos valiosos Projectos legislativos processuais elaborados quer na Europa, quer na América latina, a partir da primeira década do presente século, nomeadamente: — os *Projectos* italianos de ORLANDO de 1909, de REDENTI de 1934, de SOLMI de 1937 (além

⁽⁹⁸⁾ Vid. uma particular referência às características deste sistema processual pelo Juiz de Dublin, KEVIN DIXON, nos já cit. *Atti del secondo Corso di studi*, de Perugia, 1957, 144 ss.

⁽⁹⁹⁾ Acerca da filiação austríaca, germânica, portuguesa e em parte italiana do Código brasileiro de 1939, vid., por todos, e muito recentemente: BUZAID, na *Exposição de motivos do Anteprojecto de Código de Processo Civil*, publicado na *Revista Forense*, ano 61.º, vol. 207, de 1964, 28 e na ed. do Anteprojecto do mesmo autor (Rio de Janeiro 1964, 10); FAIRÉN, *o. c.*, 8; a já citada e vasta Colectânea da mencionada *Revista Forense*, «*Processo Oral*», Rio de Janeiro 1940, 9, 18, 28, 105 *passim*; ALBERTO DOS REIS, *O novo Processo Civil Português*, Coimbra 1945, 2 e 3 e LIPARI, *Il nuovo Codice brasiliano di Procedura Civile*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1941, I, 353 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre este moderno Código sul-americano que COUTURE considerou em 1945, «sem dúvida o mais interessante dos novos códigos processuais da América», vid. este eminente e malogrado autor, já citado *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo 1945, 127 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Referido por MAZZINI, *o. c.*, 120, FRANCHI, *o. c.*, 262 nota 70, *bis*, e FAIRÉN, *o. c.*, nas *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Madrid 1950, 18, que qualifica este recente Código processual de «moderníssimo e extraordinário».

⁽¹⁰²⁾ Vid., além de BERRI (*o. c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, 856-866 e *supra*, 91 s. nota 86), MAZZINI (*o. c.*, 118).

⁽¹⁰³⁾ Vid. SENTIS MELENDO, *o. c.*, 167-248.

dos já indicados de CHIOVENDA, MORTARA e CARNELUTTI⁽¹⁰⁴⁾; o Projecto argentino de JOFRÉ de 1926⁽¹⁰⁵⁾; o Projecto do Estado da Cidade do Vaticano de 1937⁽¹⁰⁶⁾; o Projecto uruguaio de COUTURE de 1945⁽¹⁰⁷⁾; o Projecto de Código da República Dominicana de J. H. DUCOUDRAY de 1947⁽¹⁰⁸⁾; os Projectos franceses de APPLETON de 1934 e da *Comissão de Reforma do Código de Processo Civil* de 1954⁽¹⁰⁹⁾; o Projecto jugoslavo de 1949⁽¹¹⁰⁾; o Projecto espanhol de um *Sistema Ibero-Filipino-Americano* de GUASP, de 1955⁽¹¹¹⁾; o Projecto

(¹⁰⁴) Todos estes projectos se encontram referidos por GRANDI, quer na sua célebre e já citada *Relazione*, quer no *Discurso* pronunciado no Senado na sessão de 10 de Maio de 1940. E sobre o *Projecto Solmi*, vid., além das já cits. *Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, Roma 1938 (três grossos volumes) e dos também já mencionados *Parecer da Faculdade de Direito de Florença* da autoria de CALAMANDREI (cit. *infra*, n. 194) e *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milão 1937, de CARNELUTTI, a explícita referência de ALLORIO, nos *Problemi*, III, 159 ss. (em especial a p. 160-161).

(¹⁰⁵) Edição de Buenos Aires (Imprenta de la Universidad) 1926.

(¹⁰⁶) Sobre as características fundamentais deste Projecto, vid. CALAMANDREI, *La riforma del processo civile nello Stato della Città del Vaticano*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, 342 (art. 362.º, § 3.º).

(¹⁰⁷) Edição fora de comércio da «Impressora Uruguaya» — Montevideo 1945.

(¹⁰⁸) Edição de «Editora Montalvo», Ciudad Trujillo 1947.

(¹⁰⁹) Edições, respectivamente, da *Dalloz*, Paris 1934 e da *Recueil Sirey*, Paris 1954.

(¹¹⁰) Referido pelo Prof. da Universidade de Belgrado, BORISLAV T. BLEGOJEVIE, nas *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile*, realizado em Florença de 30 de Setembro a 3 de Outubro de 1950, Pádua (Giuffrè) 1950, 167 ss.

(¹¹¹) Publicado como já vimos sob o título de *Sistema de una ley procesal civil hispano-americana*, nas *Actas do I Congresso Ibero-Americano y Filipino de derecho procesal*, Madrid 1955, (25-121) e na *Rev.*

grego de 1955 ⁽¹¹²⁾; as directivas fundamentais definidas no *Relatório* da Comissão para a preparação duma Reforma da Jurisdição Civil da Alemanha Ocidental, publicado pelo Ministério da Justiça Federal em 1961 ⁽¹¹³⁾; e, por último, os muito recentes Projectos belga de VAN REEPINGHEN de 1963 e brasileiro de ALFREDO BUZAID de 8 de Abril de 1964 e as ainda mais recentes directivas traçadas pelos mais altos organismos judiciários, forenses e científicos italianos na «*Síntese*» das respostas dadas a um amplo questionário formulado pelo Ministério da Justiça em 1965, quanto às linhas essenciais a seguir na futura Reforma processual presentemente em estudo naquele país ⁽¹¹⁴⁾.

Der. Proc. (publicacion Ibero Americana y Filipina) Secção de *Estudos Legislativos*, ano de 1956 — Segunda época, n.º 1, 69-166.

⁽¹¹²⁾ Referido por CAPPELLETTI, *o. c.*, II, 751-753.

⁽¹¹³⁾ Trata-se da *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit herausgeben von Bundesjustizministerium*, Bona 1961, 238, cit. por DENTI no seu estudo *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, na *Riv. Dir. Proc.*, v. XX, 1965, 45, nota 50, o qual acentua ser a orientação da referida Comissão expressamente definida no citado *Relatório* em sentido muito próximo dos amplos poderes inquisitórios conferidos ao juiz pela mais recente legislação francesa de 1958, em especial pelo art. 264 do Code de Procédure Civile que lhe permite ordenar a audição de qualquer pessoa cujo testemunho «lhe pareça útil para a descoberta da verdade».

⁽¹¹⁴⁾ O primeiro destes dois Projectos foi votado pelo Senado belga em 7 de Abril de 1965 e aprovado com algumas emendas pela Comissão de Justiça da Câmara dos Representantes em 1966; e encontra-se publicado sob a designação de *Code Judiciaire (Quatrième Partie — De la Procédure Civile)* no Anexo 1 — art. 664 ss. — do *Etude du projet de Code Judiciaire. — Séminaire Organisé a Ligneville les 4 et 5 mars 1966 — Faculté de Droit de l'Université de Liège — Service de droit judiciaire privé*, Haia 1966, 417 ss. — O segundo está publicado em edição do *Departamento de Imprensa Nacional*, Rio de Janeiro 1964. — E finalmente as mencionadas directivas da projectada Reforma ita-

Pois cumpre, com efeito, frisar que as duas principais ordens de preceitos através dos quais as legislações mais modernas procuram assegurar a garantia do segundo grau de jurisdição — traduzidas como se referiu, por um lado, na *rigorosa documentação* da prova oral e imediata produzida em primeira instância (em numerosos casos, como já se referiu e dentro em pouco melhor se verá, através da *estenografia*) e no exame crítico dessa mesma prova realizado através da *motivação da decisão da facto*; e, por outro lado, na possível *renovação* e até produção de *novas provas* em segunda instância (em regime de *oralidade* — *imediação* e de *livre apreciação* dessa mesma prova, em termos e com amplitude em princípio muito semelhantes aos dos juízes de primeira instância) — essas duas ordens de preceitos, estão de um modo geral explicitamente consagradas nas principais legislações e projectos acima mencionados como fontes do nosso Código de 1939 ⁽¹¹⁵⁾.

Assim, a *documentação* da prova está expressamente prevista: — na Ordenação processual alemã de 1877 (§§ 159 e 160); na Ordenação austríaca de 1895 (§§ 207, 208, 213 e 265); na Ordenação húngara de 1911 (§§ 243, 244, 245, 247, 2.º e 249); no Código de processo francês de 1806 (arts. 157.º, 162.º e 166.º); no Código de Zurique de 1913 (§§ 161 a 165); no Código de Vaud de 1869 (arts. 121.º, 169.º, 191.º); no ulterior Código desse mesmo cantão suíço de 1911 (art. 246.º); no Código

liana do Processo Civil estão definidas nas respostas aos 79 *Quesitos* formulados pelo *Ufficio Legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia* e condensadas na recentíssima publicação oficial *Per un nuovo Processo Civile — Sintese delle risposte al questionario del Ministero di Grazia e Giustizia sulla riforma del codice di procedura civile. — Con prefazione del Ministro di Grazia e Giustizia, on. avv. ORONZO REALE* (datado de 6 de Janeiro do corrente ano), Milão (Giufre) 1968.

⁽¹¹⁵⁾ Vid. *supra*, 89-98.

brasileiro de 1939 (arts. 246.º e 247.º); no Código italiano de 1940 (art. 207.º); no Código federal suíço de 1947 (arts. 7.º e 8.º); — e nos Projectos legislativos de CHIOVENDA de 1919 (arts. 98.º, n.º 7, 99.º, n.ºs 1, 3, 5, 6 e 7, 100.º e 102.º); de MORTARA de 1923 (arts. 138.º, 139.º, 141.º, n.ºs 3, 4, 7, 9, 10, 2 142); de CARNELUTTI de 1926 (arts. 119.º, 161.º e 162.º); de SOLMI da 1937 (art. 181.º); do Estado da Cidade do Vaticano de 1937 (art. 362.º, § 3); de JOFRE de 1926 (arts. 61.º, al. e), 73.º, 75.º e 76.º); da República Dominicana de 1947 (arts. 109.º, 209.º e 215.º); no Anteprojecto de APPLETON de 1934 (arts. 85.º, 146.º, 158.º, 159.º e 261.º); da Comissão de Reforma francesa de 1954 (arts. 198.º e 199.º); de COUTURE de 1945 (art. 165.º) e do belga VAN REEPINGHEN de 1963 (arts. 948, 949, 950 e 951). — Conso-grando explicitamente a estenografia: os citados Códigos alemão (§ 160), austríaco (§ 280), húngaro (§ 248), brasileiro de 1939 (art. 247.º), o Código federal suíço de 1947 art. 7.º, n.º 3), as citadas Legislações inglesa de 1938, americana do mesmo ano, irlandesa de 1957, e os Projectos de CHIOVENDA (art. 102.), de CARNELUTTI (art. 119.º, II), de COUTURE (cit. art. 165.º), da Comissão de Reforma francesa de 1954 (art. 199.º); e, além da estenografia, o «*registro literal*» das provas orais o citado Projecto de VAN REEPINGHEN (art. 952) ⁽¹¹⁶⁾.

(116) Vid. com efeito — o que nos apraz sublinhar — que em quase perfeita consonância com uma sugestão que em fins de 1956 apresentámos ao então e já mencionado titular da Pasta da Justiça ANTUNES VARELA (num Relatório em que dávamos resumida notícia dos resultados das experiências por nós efectuadas com a gravação de vários julgamentos no Tribunal Civil de S João Novo, do Porto, e no 1.º Juízo Criminal, da mesma cidade, no sentido da gravação em fita magnética dos depoimentos e declarações orais produzidos no decurso da instrução do processo) que o mencionado e recentíssimo *Projecto belga de Van Reepinghen* adoptou com a maior largueza e minúcia de regulamentação «o *registro literal* do conjunto das perguntas formuladas, declara-

Por sua vez, a *renovação* da prova ou a produção de *novas provas* em segunda instância, em regime oral e imediato (e em

ções e interpelações feitas e respostas dadas no decurso da inquirição»; — admitindo nesse sentido o recurso «a todo o processo estenográfico, mecânico ou outro de reprodução da palavra, desde que ofereça as garantias necessárias de fidelidade e de segurança». E preceituando, entre várias outras coisas: — que «a transcrição do registo literal, certificado como exacto e como completo pela pessoa que registou a inquirição, é junta à Acta de inquirição a título de simples esclarecimento (*renseignement*) e que uma cópia certificada como conforme é notificada pelo chefe de secção (*greffier*) às partes», mas que «em caso de contradição a Acta faz fé»; — que as notas ou dispositivos que serviram para recolher as palavras registadas são depositadas na secretaria, depois de seladas pela pessoa que procedeu ao registo literal e pelo chefe de secretaria»; — que este «faz proceder à sua destruição no fim do prazo de 10 anos, a menos que uma das partes tenha pedido ao juiz ou ao tribunal que ordenou a inquirição que este prazo seja prorrogado».

Cumprindo-nos a este propósito também salientar que tal sugestão era por nós apresentada como chave da solução prática e eficiente de restaurar no nosso direito judiciário o sistema de *oralidade mitigada* (de tipo *austriaco* e *germânico*), e o *princípio da motivação* das decisões de facto, seguidos como vimos no texto (*supra* 89 ss.) em todas as legislações modernas, sem agravar a então muito deplorada demora dos julgamentos e a enorme sobrecarga de trabalho dos nossos Tribunais, sobretudo de primeira instância: — sugestão a que o aludido Ministro, embora de princípio tenha posto algumas prudentes reservas (dada a novidade do sistema mesmo em relação à maioria das legislações processuais estrangeiras), dispensou todavia a melhor atenção (cf. a já cit. *Revisão da Legislação Processual Civil e problemas afins* — Separata do *Bol. Min. Just.*, n.º 65, 13 s.); a ponto de na escassa medida em que o novo Código, fiel ao princípio da *oralidade pura* que vinha da legislação anterior, adoptou a documentação da prova, ter também consagrado a título facultativo e a expensas dos interessados a gravação dos depoimentos orais, além da sua redacção em acta (arts. 575.º, 4 e 5 e 641.º do Cód. Proc. Civil de 1961).

E igualmente nos apraz e cumpre sublinhar que na também alu-

relação a estas últimas, quer as oferecidas pela primeira vez no tribunal de recurso, quer as já oferecidas mas rejeitadas

dida e ainda mais recente (e não menos autorizada nem menos significativa) publicação oficial da *Síntese das respostas ao questionário* elaborado pelo Ministério da Justiça italiano sobre a reforma do Código de Processo Civil, com Prefácio do próprio Ministro ORONZO REALE, dadas pelos mais altos e representativos organismos judiciários, forenses e científicos italianos, foi propugnado pela quase totalidade dos interpelados uma resposta afirmativa ao *Quesito 13*, em que se perguntava:

— «Se é desejável a adopção de meios mecânicos para o documentação dos actos processuais».

Ora, os aludidos interpelados a responder ao mencionado questionário organizado, como já salientámos (*supra*, nota 114), pelo *Ufficio Legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia*, em cujos 79 *Quesitos*, como o próprio ministro também refere no Prefácio (p. VII), «se compreendia e quase exauria a problemática que as discussões sobre o Código de 1940 tinham evidenciado», eram todos os mais altos Tribunais e Órgãos Superiores da Justiça italiana (*Cassação, Tribunais de Apelação, Tribunal de Contas, Conselho Superior da Magistratura, Conselho de Estado, Procuradoria Geral do Estado, Conselho Nacional Forense e Conselhos das Ordens de Advogados e Procuradores juntos dos Tribunais de Apelação*) e todas as *Universidades* italianas. — Salientando-se na referida publicação que «sòmente pelo *Tribunal de Apelação de Turim* e pelo *Conselho da Ordem dos Advogados e Procuradores* da mesma cidade foram manifestadas perplexidades acerca da prevista adopção de meios mecânicos (por exemplo, gravação em fita ou em disco) para a documentação dos actos processuais» (cf. *o. c.*, p. 40). E mais se salientando que o *Tribunal de Cassação* e o *Conselho Superior da Magistratura* — tal como se dispunha no supracitado projecto belga (art. 952) e como também sustentávamos no nosso referido Relatório de 1956 — «consideram aconselhável a introdução dos meios mecânicos para a documentação em causa desde que se proceda depois da audiência, à *imediata transcrição* em acta de tudo quanto foi registado; e se cuide, além disso, para toda a duração do processo, da conservação do meio mecânico contendo o registo»; chamando igualmente a atenção para se não descurarem os problemas conexos «de apetrechamento

em primeira instância): — estão consagradas, na citada Ordenação alemã (§§ 445, 447, 448, 449, 452, 529, 1), na Ordenação

técnico, de especialização de pessoal e de disponibilidades económicas».

— Vid. a cit. publicação *Per un nuovo Processo Civile*, 10-41.

E note-se ainda que em Itália, em 1926, CARNELUTTI (embora sem aludir expressamente à gravação, de certo porque ao tempo esta era muito dispendiosa e algo rudimentar) falava no art. 119, II do seu famoso Projecto na «anexação às actas das transcrições de estenogramas» e em geral «de tudo quanto sirva para integrar ou precisar os factos descritos nas actas»; — e que na Inglaterra e na América do Norte se fizeram a partir de 1950 estudos minuciosos e repetidas experiências para tentar completar ou até substituir a estenografia pela gravação em fita magnética — sucedendo que na República da África do Sul tal substituição já se operou há vários anos: — tendo gravadores especiais («Dictaphone» e «Gray Audograph») sido adoptados em todos os tribunais (civis e criminais) nos termos do *Magistrates' Courts Act*, 1944 (*Act n.º 32 de 1944*) e do *Supreme Court Act*, 1959 (*Act n.º 59 de 1959*) — segundo amável e recente informação (de 25-9-968) do Secretary for Justice (Department of Justice) de Pretória.

Quando às aludidas experiências realizadas em Inglaterra, de começo foram promovidas pelo «Instituto dos Taquígrafos» ingleses (*Institute of Shorthandwriters*) que criou uma Comissão especial para o estudo da utilização dos gravadores nos tribunais (*Sound recording Committee*). — E iniciaram-se efectivamente em 1950; tendo porém assumido particular interesse e intensidade sobretudo a partir de 1955 com a instalação autorizada pelos Órgãos Superiores da Magistratura inglesa de um equipamento experimental especial no Tribunal de Apelação de Londres (Court of Appeal).

Através da *British Council*, London, W. 1. (Delegação do Porto), foram-nos amavelmente fornecidos quatro interessantes estudos elaborados pelo aludido *Committee*: — o primeiro, denominado *The American Scene* e datado de Dezembro de 1953, é da autoria do Secretário do mesmo *Committee*, H. LOCK, e faz um relato bastante circunstanciado dos estudos e das experiências de gravação de som feitas ao tempo nos tribunais americanos; — o segundo, datado de Outubro de 1954 e assi-

austríaca (§§ 468, 482, 488), nos Códigos suíços de Basileia de 1921 (§ 238), de Zurique (§§ 217, 319 e 332), de Lucerna

nado pelo Presidente (Chairman) do referido *Committee* (P. E. GIRLING), e que é sem dúvida o mais completo e sugestivo, estabelece, como do seu próprio título resulta (*Sound recording and the Shorthand-writher*), o confronto das possibilidades técnicas, vantagens e inconvenientes da gravação de som em face da estenografia, manifestando a convicção de que aquela venha a triunfar decididamente em Inglaterra, pelo menos, no sentido de constituir uma ajuda valiosa para a eficiência do trabalho dos taquígrafos; — o terceiro, de Dezembro de 1954, intitulado *Legal Reporting* e elaborado por T. D. CONWAY, visa fundamentalmente a descrição dos requisitos técnicos e da plena eficiência do equipamento experimental instalado no citado Tribunal de Apelação de Londres; finalmente o quarto, assinado pelos vários componentes do *Committee* em referência, e datado de Dezembro de 1955, tem por título *Report on Sound Recording Equipment installed in Court of Appeal n.º 1* e faz a história e a apreciação geral das experiências realizadas no mencionado Tribunal de Apelação.

E é sem dúvida, quanto a nós, altamente significativa a linha de tendência que se colhe dos estudos aludidos, bem como das numerosas transcrições (e ao que parece não menos numerosos estudos) elaborados nos Estados Unidos da América pelas várias Associações dos Taquígrafos americanos (a *National Shorthand Reporters Association* e outras). — Dos quais decorre que, a despeito de fortes oposições nascidas das más perspectivas para o futuro da função e de algumas dificuldades resultantes sobretudo da exigência da transcrição dos depoimentos gravados, as máquinas (gravadores de som) apresentam manifestas vantagens sobre a estenografia oficial: — quer no sentido da sua maior *sensibilidade e fidelidade* (pois possuem, como impressivamente se lê no citado relatório de H. LOCK — «ouvidos extra» —), quer no da maior economia e rapidez da transcrição. — Chegando-se a observar entre os citados autores americanos (nomeadamente um dos mais destacados de todos eles — EVERET G. RODEBAUCH —, pela longa experiência por ele próprio adquirida com gravações nos tribunais e pela multiplicidade dos escritos publicados nas revistas da especialidade, entre as quais se salientam *The National Shorthand Reporter*; *The Transcript*; *The*

(§§ 249 e 250), de Genebra de 1819 (arts. 221.º e 223.º) e de 1921 (art. 356.º) e nos citados projectos de CHIOVENDA

Outlin e o Journal of the American Bar Association): — «O progresso não se pode deter, tal como a destruição das máquinas não conseguiu deter a Revolução Industrial. O mundo tem de continuar e se nós não quisermos fazer uso da máquina outra gente o fará. Se a máquina nos possibilita um trabalho melhor temos de a aproveitar», (cit., *Relatório de H. Lock*, p. 3). E cumpre-nos, por último, também observar que o interesse que no nosso citado Relatório de 1956 pusemos em evidência sobre a utilização dos gravadores nos nossos tribunais não se confinava aos dois aspectos primordiais (e ainda hoje, quanto a nós, da maior actualidade), da rigorosa documentação da prova para efeitos de *recurso* e de *motivação* das decisões de facto.

Pois se nos afigurava e afigura que o registo integral de tudo quanto se passa durante a instrução do processo reveste também, entre outras, as seguintes importantes vantagens de ordem geral:

Pode, em primeiro lugar, contribuir decisivamente para a *depuração e moralização* da prova testemunhal, do depoimento de parte e até das declarações dos peritos — dando-lhes a consciência de que a veracidade das suas afirmações, ficando estas gravadas, pode ser apreciada em um momento ulterior, com base em outras provas, em novas declarações contraditórias com as prestadas no tribunal, etc., com a consequente aplicação das sanções penais adequadas que hoje são entre nós quase praticamente letra morta;

Pode, além disso, constituir precioso elemento de *apreciação e valorização* (e *selecção*) da actividade dos juizes por parte das inspecções judiciais, dando aos inspectores a possibilidade de conhecerem a forma como aqueles se comportam na condução da instrução da causa: — que hoje escapa inteiramente ao Conselho Superior Judiciário e constitui, todavia, a *pedra de toque* da competência e zelo com que os Magistrados judiciais exercem a sua alta e delicada função;

E pode constituir, por último, e da mesma sorte, um valioso instrumento *pedagógico* para o aperfeiçoamento e valorização da carreira judiciária e forense: — quer como elemento de autocontrole que os juizes e advogados podiam exercer sobre a sua própria actividade profissional (pois que, ao ouvirem-se a si próprios, podem tomar cons-

(art. 184.º, II e III), de CARNELUTTI (art. 361.º, III), de SOLMI (arts. 345.º, 358.º e 359.º), de JOFRÉ (arts. 83.º e 95.º, als. *b*) e *c*)), de DUCOUDRAY (arts. 335.º e 338.º) e da aludida Comissão de Reforma francesa (art. 445.º, n.º 2).

5 — Cumprindo-nos, porém, salientar que, embora nos não tivesse sido possível compulsar directamente todos os Códigos e Projectos legislativos que acabamos de mencionar, nem tivéssemos encontrado por via de regra nos autores (sem excluir

ciência de muitos aspectos positivos ou negativos da sua acção em juízo que sem a gravação lhes passariam despercebidos); — quer como factor *informativo* e *formativo* da técnica e da mentalidade da espinhosa função que lhes é confiada, a exercer pelos órgãos Superiores da Magistratura, enquanto se não criarem no nosso país, à semelhança do que se passa em várias outras nações europeias, verdadeiras Escolas Judiciárias: — seleccionando, e facultando aos iniciados na carreira, a gravação de audiências e julgamentos modelos (porventura de juízes ou processos célebres), que os candidatos podiam assim conhecer em toda a sua minúcia, e tomar como objecto de estudo e meditação.

E é fácil, depois de tudo o que acaba de expor-se, captar a essência da forte conexão do problema da gravação com o do objecto específico do presente estudo: — os vários aspectos considerados, tanto no tocante à clarificação da questão de fundo (pela rigorosa documentação e motivação da decisão de facto), como no do aperfeiçoamento da função judiciária, concorrem fortemente para se poder chegar àquele transcendente e já definido resultado da *justiça persuasiva* que constitui a *meta ideal* do processo moderno visto à luz da visão jurisdiccionalística da conciliação judicial (cf. *supra*, 4, 56-59, 64 e 75-84 e notas 2, 41, 52 e 70-72).

Soubemos, estando esta nota e toda a Parte I já no prelo, que as experiências de gravação nos tribunais britânicos entraram em nova e importante fase com a instalação (em Abril de 1965) no *Palácio da Justiça do Strand* (Londres) de moderníssima aparelhagem, por iniciativa do *Departamento de Organização e Métodos do Ministério das Finanças*. — Pelo que voltaremos ao assunto com maior detalhe, (também sob o caso sul-africano) no final no *Cap. III* deste *1.º Vol.*).

CHIOVENDA), uma referência expressa a tais legislações nos vários aspectos ora em análise ⁽¹¹⁷⁾, estamos todavia em crer que todas as legislações e projectos a que nos reportamos, consagram a documentação da prova e o recurso de apelação em matéria de facto pelas seguintes ordens de razões:

Em primeiro lugar, porque os mais importantes Códigos e Projectos-padrões que deixámos mencionados nas páginas antecedentes ⁽¹¹⁸⁾, e que os autores em geral apontam como fontes doutriniais e legislativas dos Códigos e projectos mais modernos e progressivos — nomeadamente a Ordenação processual alemã de 1877 e sobretudo a Ordenação processual austríaca de 1895 (cuja enorme expansão e influência no direito processual do presente século, e em especial nas legislações e projectos legislativos de data mais recente, como os mencionados Códigos sueco de 1942 e federal suíço de 1947, as Reformas argentina de 1953 e francesa de 1958, e os Projectos alemão de 1961 e brasileiro de 1964, foi impressivamente considerada por um autor — precisamente a propósito do aludido Código sueco —, um fenómeno legislativo «quase único na História do Direito moderno», que só tem paralelo com os grandes movi-

⁽¹¹⁷⁾ Diferentemente do que sucedeu como acaba de ver-se, em relação à legislação alemã, austríaca, húngara, de Basileia, de Vaud, de Zurique e de Lucerna, por este eminente autor abertamente referidas na sua célebre e já várias vezes citada *Relazione* como fontes legislativas dos também já citados arts. 98.º, n.º 7, 99.º, n.ºs 1, 3, 5, 6, 7 e 8 e 100.º, do seu famoso *Projecto* de 1919, e em relação à legislação inglesa, citada neste sentido por CROCIONI e ROSSI (*obs. cits., supra*, 95, notas 96 e 97, pp. XI, XIII, XVII ss., 3 ss. e 178 ss., respectivamente), à legislação irlandesa, igualmente citada por DIXON (*o. c.*, 144 ss.) e à legislação americana, também no mesmo sentido indicada por DENTI (*o. e l. c., supra*, 95 nota 97, a pp. 55 ss.).

⁽¹¹⁸⁾ Vid. *supra*, 87-90 ss.

mentos históricos da recepção do Direito Romano e Canónico ou com o êxito obtido por estes dois Direitos nas suas respectivas épocas) ⁽¹¹⁹⁾ — *todos adoptaram*, como vimos, explícita e inequívocamente, esse recurso, e os dois ou três elementos que tècnicamente o possibilitam (documentação da prova, apreciação livre e motivada da mesma, e produção de novas provas em segunda instância) ⁽¹²⁰⁾.

Em segundo lugar, porque CHIOVENDA, ao abordar o problema do recurso de apelação no processo oral e imediato por ele preconizado (e ao pretender enquadrá-lo nos esquemas específicos desse mesmo processo, tão exuberantemente delineados e comentados no seu citado e célebre *Relatório*), e ao referir, finalmente, como exemplos típicos do sistema de oralidade e imediação em que visava apoiar o seu célebre Projecto, as mencionadas legislações e projectos legislativos, afirma explicitamente que o recurso de apelação com documentação da prova e eventual renovação probatória em segunda instância é da *própria essência* do processo oral e imediato que caracteriza os sistemas processuais modernos; e que é precisamente

⁽¹¹⁹⁾ Vid. FAIRÉN, *El proyecto de la Ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein*, na cit. *Rev. Der. Proc.*, 1945, 8.

⁽¹²⁰⁾ Importando destacar neste sentido, além dos códigos e projectos já indicados nas pp. 89 a 99, e entre os mais modernos: — os mencionados Códigos sueco de 1942 e do Estado da Cidade do Vaticano de 1946, a Reforma francesa de 1958 (arts. 272.º a 274.º) e o Projecto de ALFREDO ROCCO de 1937 (arts. 88.º e 89.º). — E sendo até e uma vez mais de salientar (como acentuámos no texto, *supra*, 100) que vários destes sistemas e projectos legislativos, como as aludidas legislações inglesa e americana de 1938, irlandesa de 1957, brasileira de 1940 (art. 247.º) e os projectos uruguaio de Couture de 1945 (art. 165.º) e da Comissão de Reforma francesa de 1954 (art. 199.º), consagram também a *taquígrafia* como o meio mais fiel e rápido de obter a documentação da prova, sobretudo para efeitos de recurso.

nestes mesmos sistemas e com as características apontadas que o recurso de apelação pode desempenhar uma função verdadeiramente útil e operanae ⁽¹²¹⁾; — pelo que é de crer que, se os referidos caracteres não fossem comuns aos múltiplos exemplos legislativos e doutrinários por ele invocados, seguramente o deixaria transparecer na primorosa e exaustiva «exposição de motivos» em que se analisa essa sua famosa *Relazione*.

Em terceiro lugar, deve ainda acrescentar-se que é tão grande a importância da documentação da prova no pensamento processual moderno, sobretudo para fins de motivação, que alguns autores e legislações preconizam e preceituam abertamente que mesmo nos casos de processos não sujeitos ao recurso de apelação continua a ter lugar a referida documentação: — umas vezes, obrigatoriamente, embora com carácter mais sumário (art. 158.º do Código de Genebra de 1819); outras, condicionalmente, ou seja, sempre que não haja acordo das partes em prescindirem da mencionada documentação (solução da Ordenação processual alemã de 1877, § 161, também seguida por CHIOVENDA no seu citado Projecto (art. 100.º, 1); e merecendo quanto a este ponto referência muito particular o exemplo altamente elucidativo do vigente, moderníssimo e já referido Código Federal suíço de 1947, que, a despeito de os tribunais federais decidirem sempre em instância única, (ou apenas em grau de recurso como última instância), prescreve peremptoriamente, como já referimos, uma rigorosa documentação da prova, inclusive com emprego da estenografia ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Vid. *Relazione* cit., 27 e 77.

⁽¹²²⁾ Cf. o art. 7.º, 3 do citado Código de 1947 (já referido *supra*, 100). — E cf. também o art. 948.º, al. 3, do cit. Projecto belga de VAN REEPINGHEN, o qual prescreve que o «tribunal pode todavia (na hipótese em exame), quer officiosamente, quer a pedido das partes ordenar que uma acta seja elaborada» (o. c., 505).

E, finalmente, porque a maioria dos autores modernos, que de um modo geral abordam este delicado tema da «instância única ou do duplo grau de jurisdição em matéria de facto», são unânimes em proclamar o carácter verdadeiramente *universal* do sistema do recurso de apelação, por corresponder à natureza falível dos julgamentos humanos e traduzir assim uma exigência verdadeiramente transcendente da administração da justiça de todos os tempos e povos, encarada sob o ângulo fulcral de todo o processo judicial, como instrumento fundamental de tutela do Direito objectivo e de defesa da própria liberdade individual, ou seja, o melindrosíssimo problema do sistema das *garantias judiciárias* ⁽¹²³⁾. Podendo e devendo citar-se neste último sentido as seguintes impressivas ordens de circunstâncias e considerações abonadas em autorizados testemunhos.

(123) A este propósito da alta função de garantia política e social que o processo, como conjunto mais ou menos complexo de formalidades e de meios preordenados ao fim da administração da justiça, visa desempenhar, ficaram célebres, entre muitas outras que poderiam citar-se, algumas impressivas sínteses, a saber: — de JHERING, que considerava as «formas (judiciais) como irmãs gémeas da liberdade»; — de NAPOLEÃO, o qual na Sessão de 16 do Frimário do Conselho de Estado, por sua vez proclamou que «as formas são a garantia necessária do interesse particular», pois que «das formas ao arbítrio, não há meio termo»; — e finalmente de MONTESQUIEU que, depois de nas *Lettres Persannes* ter ridicularizado os cultores do processo como «espíritos medíocres», no seu famoso *Esprit des Lois* sustentou que «há sempre demasiadas formalidades se se consideram os litigantes de má-fé que elas enleiam»; mas que há sempre demasiado poucas se se consulta o homem honesto que elas protegem»; acrescentando «que a sua multiplicidade, a sua lentidão, as despesas que ocasionam são como que o preço que cada um paga pela liberdade da sua pessoa e pela segurança dos seus bens» (Vid. sobre os dois últimos autores citados, LAVIELLE, *Études sur la Procédure Civile*, cit., Paris 1862, 10 e 11).

Por um lado e em primeiro lugar, o que se passou na discussão do tema IV do «I Congreso Nacional de Derecho Procesal» realizado em Madrid, em Maio de 1950, sob os auspícios do «Instituto Español de Derecho Procesal»; tema que teve precisamente por objecto «El problema de la instancia única y de la double instancia», apresentado por CORTÉS GARCÍA⁽¹²⁴⁾, e em que este autor, como seu relator, produziu, entre outras, as seguintes afirmações do mais transcendente interesse para a apreciação do sistema da *oralidade pura* entre nós introduzido em 1932 e mantido em grande parte até ao presente pela legislação em vigor: — pois sublinha, em primeiro lugar, que «la supresión de la apelación, en definitiva, nos emplazaría frente al mundo entero en materia procesal, porque se trata de una institución universal en cuestiones civiles»⁽¹²⁵⁾; salienta, em segundo lugar, (reproduzindo literalmente uma afirmação do processualista BERANGER) que «en el estado presente de las costumbres, a necesidad de dos grados de jurisdicción y la admisión de la facultad de apelar son doctrinas que en los pueblos modernos pueden ser consideradas como artículos de fe social y que constituyen para ellos una especie de religión»⁽¹²⁶⁾; e assevera, finalmente, que tem de reconhecer-se como coisa evidente que até então, que ele soubesse (portanto até 1950), o princípio da *instância única* não havia sido «acogido con carácter de generalidad en ninguna de las naciones del mundo»⁽¹²⁷⁾. Importando todavia salientar que, quanto ao âmbito da instrução em segunda instância,

⁽¹²⁴⁾ Vid. as *Actas* do Congresso aludido no texto, editadas em Madrid em 1955, pp. 88, 92 e 93.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*, 88.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, 92.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*.

o mesmo autor se manifesta partidário do sistema em geral seguido pela doutrina europeia da ampla admissão de provas ⁽¹²⁸⁾, citando nesse sentido, além de BENTHAM, vários autores italianos (CARNELUTTI, MORTARA, MATTIROLO) e espanhóis (LA PLAZA, GUASP, PRIETO E CASTRO e MAXIMO CASTRO) e o sul-americano COUTURE.

Mas, cabe também sublinhar, por outro lado, e ainda em relação ao pensamento dominante no mencionado Congresso espanhol de 1950, que o relator de um outro também muito importante tema estreitamente conexo com o anterior — o tema III, sob o título *La oralidad y la escritura en el proceso civil*, apresentado por PRIETO E CASTRO — não só sustenta que as *actas* da instrução probatória devem ser *o mais completas possível*, como preconiza, por outro lado, que cada litigante deve poder, embora à sua custa, fazer uso da *taquigrafia* homologando-se a tradução da versão taquigráfica das audiências de produção de prova que assim ficará anexa aos autos ⁽¹²⁹⁾.

E podendo e devendo igualmente citar-se, em sentido perfeitamente coincidente com o indicado pelos autores que acabam de citar-se:

— Uma significativa passagem da «exposição de motivos» (*Cenni illustrativi*) do Projecto do Código de Processo Civil do Estado da Cidade do Vaticano de 1937 ⁽¹³⁰⁾, (já citada e reproduzida por CALAMANDREI na nota intitulada *La Riforma del processo civile nello Stato della Città del Vaticano*, publicada na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, 342), na qual expressa e sugere-

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, 93.

⁽¹²⁹⁾ Vid. *Actas* cit., 58.

⁽¹³⁰⁾ Edição da Tipografia Poliglota Vaticana, 1938.

tivamente se sublinha que «é mantido o princípio do duplo grau, com um juízo de apelação completo» (art. 362.º, § 3.º), «sendo este direito profundamente radicado na consciência jurídica moderna»;

— O comentário de ALLORIO, no seu escrito *Giustizia e processo nel momento presente* (publicado no vol. III dos *Problemi di diritto*, 1957, 160), ao sistema do recurso de apelação do *Projecto definitivo Solmi* de 1937, no sentido de que «algumas cruezas do projecto preliminar foram oportunamente eliminadas», e de que «a circunstância de no projecto definitivo serem de novo admitidos a *plenitude da instrução* em sede de apelação e o recurso de cassação contra as sentenças com falta de motivação ou motivação contraditória, é claro sinal de que foi reputada necessária a restauração dos controles essenciais do trabalho do juiz»;

— O comentário de CARNELUTTI ao mesmo referido *Projecto* no seu conhecido e já citado escrito *Intorno al Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile* (Milão 1937), no qual este eminente autor apoia o recurso amplo de apelação em matéria de facto, repudiando o que impressivamente designava por *mutilação do juízo de apelação* ⁽¹³¹⁾.

— O asserto do processualista brasileiro COSTA CARVALHO (*Curso teórico-prático de Direito Judiciário Civil*, 3.ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro, 1950, 16), no sentido de que «o recurso, qualquer que seja, funda-se na falibilidade do juiz — que é homem», e que «não é por outra razão que, na actualidade, as legislações processuais de todos os países civilizados reconhecem, acolhem e praticam esse sistema, que é preconizado, aliás, e defendido, *nemine discrepante*, por todos os processualistas»;

(131) Cf. *o. c.*, 40 e 105.

e que é esse também, por isso mesmo, como sempre foi, o sistema do direito brasileiro»;

— E finalmente, que alguns categorizados autores estrangeiros que se interessaram pelo nosso Projecto de reforma do direito processual de 1935, da autoria de ALBERTO DOS REIS, o qual, como já sublinhámos ⁽¹³²⁾, consignava o regime de *oralidade pura* ou seja, *sem documentação da prova*, que vinha do mencionado Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932 (embora, diga-se de passagem, contra a opinião expressa por este autor no *Relatório* desse mesmo Projecto legislativo) ⁽¹³³⁾, aludem ao nosso precário sistema de garantias judiciárias, resultante dessa falta de documentação, que conduzia à impraticabilidade do recurso da matéria de facto, como um sistema dissonante do comum das legislações passadas e presentes, que um desses autores muito impressivamente chegou a definir como um sistema em que o «princípio da segurança» era «meramente platónico» ⁽¹³⁴⁾; e outro categorizado processualista veio a aproximar das soluções extremas, drásticamente publicísticas e autoritárias (e ao tempo em parte já ultrapassadas) de certa corrente legislativa da Alemanha nacional-socialista e da Rússia soviética ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³²⁾ Vid. *supra*, 84 ss. e 87 nota 77.

⁽¹³³⁾ Vid. o *Relatório* desse citado Projecto, ed. da Imprensa Nacional, 1935, 17 ss.

⁽¹³⁴⁾ Vid. neste sentido, LUIGI FERRARA, cit. *Moderni problemi del diritto*, Milão 1938, 176 e ROBERTO GOLDSCHMIDT, já cit. *Intorno al progetto di un nuovo Codice di Procedura Civile portoghese*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1936, I, 270.

⁽¹³⁵⁾ Como ocorreu com COUTURE no seu interessante estudo *Oralidade e regra moral no processo civil*, na citada colectânea *Processo Oral*, 107 ss.

E não deixe ainda de se salientar, quanto aos partidários da instância única, que o mencionado CORTEZ, no seu também já referido relatório do tema IV do Congresso processual espanhol a que começámos por aludir neste número, cita *apenas um* processualista argentino (PASINI CASTADOAT), e a obra deste autor então recentemente publicada (*Posibilidad de implantar la instancia única en el procedimiento civil y comercial de la capital federal*, Buenos Aires, 1946). Cumprindo-nos referir, por nossa parte, que entre os numerosos projectos de códigos processuais estrangeiros que nos foi possível compulsar (ou de que lográmos obter notícia fidedigna), também apenas se nos depararam dois, e igualmente de autores argentinos (o *Projecto de Augusto Garcia* de 1938, referido, entre outros, por COUTURE no seu também mencionado *Proyeto*,⁽¹³⁶⁾ e o *Proyeto Lazcano* de 1935, também citado por COUTURE, mas que nos foi possível compulsar)⁽¹³⁷⁾ que preconizam um regime de oralidade pura com instância única em matéria de facto; sendo porém de sublinhar que, a despeito destas três autorizadas opiniões de autores argentinos, o legislador da Lei argentina n.º 14 237, de 24 de Setembro de 1953, se decidiu pelo regime tradicional da instância dupla, mantendo-se nesse ponto inteiramente fiel ao sistema tradicional também na Argentina.

(¹³⁶) Vid. a já cit. *Exposición de motivos* do seu referido *Proyeto de Código de Procedimiento Civil* de 1945, 130, em que este autor alude ao *Proyeto de Código de Procedimiento Civil y Comercial* de EDUARDO AUGUSTO GARCIA, publicação oficial da *Universidad Nacional de la Plata*, t. IV da Série «Juicio Oral», La Plata 1938.

(¹³⁷) Trata-se do *Proyeto de Código de Procedimiento Civil y Comercial* editado pelo *Instituto de Altos Estudios Juridicos de la Facultad de Ciências Juridicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, em 1935, e dirigido por DAVID LAZCANO.

6. E posta assim em relevo esta primeira e forte conexão do problema da posição do juiz perante a conciliação com o dos poderes e deveres que lhe incumbe exercer na actividade jurisdicional em geral, cumpre-nos lealmente confessar, num parêntesis, que foi a constatação, através da análise da actualização prática daquele instituto (encarado sobretudo pelo já mencionado prisma da *desconfiança* que o elevado número de composições podia, em princípio, denunciar, e entre nós efectivamente denunciava em relação às nossas instituições judiciárias), de que os juizes faziam dele uma aplicação essencial e rigidamente *contratualista* (e até algo *policial*) antes que *jurisdicionalística e tutelar* — como a que se nos afigurava decorrer do pensamento geral informador de toda a nossa legislação posterior a 1926, (se não até da longa e vinda tradição histórico-legislativa e doutrinal deste mesmo instituto no nosso país) ⁽¹³⁸⁾, que primeiro nos alertou e pôs

⁽¹³⁸⁾ Queremos especialmente aludir, — além das nossas já citadas e vetustas *Ordenação e Regimento* de D. Manuel I de 1519, sobre os «Avindores» ou «Concertadores de demandas» (cf. *supra*, nota 7, p. 16 e nota 27, pp. 44-46), e da nossa também já citada e densa legislação liberal (v. *supra*, *ibid.*): — por um lado, ao art. 162.º do nosso *Projecto de Constituição de 1821* e aos três também notáveis projectos legislativos da autoria do insigne jurista e político SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, a que a seguir faremos mais detalhada referência (vid. *infra*, 227 ss.); — por outro, às tão curiosas quão pouco conhecidas e apreciadas relações e contactos doutrinários quer dos nossos primeiros legisladores e doutrinários da época liberal com BENTHAM (tido ao tempo, e ainda hoje, como um «dos maiores e mais célebres publicistas da Europa», como explicitamente se refere no *Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, vol. II, p. 1345), e que quanto a nós tão decisivamente contribuíram, como oportunamente se procurará demonstrar (vid. *infra*, Parte II, Cap. II), para a expansão e modelação jurisdicionalística da conciliação judicial moderna; quer dos nossos legisladores de 1926 a 1939, com a

de sobreaviso acerca da possibilidade lógica de se verificar um *grave desvio* da prática dos tribunais em relação ao espírito, em tantos outros pontos arejado e progressivo, dessa

produção científica de alguns dos melhores representantes da ciência processual italiana do tempo, nomeadamente CHIOVENDA, CARNELUTTI e LIEBMAN, traduzidos, fundamentalmente, na expressa consagração da fórmula *solução de equidade* pelo Código 1939, inspirada directamente no segundo destes eminentes autores, ou seja, no art. 216.º do seu famoso *Projecto de Código Processual* de 1926, e em outros dos seus importantes escritos relativos à reforma do Processo Civil em Itália, (designadamente, nos *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1929, pp. 3-81, *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milão 1937, e nos *Appunti sul procedimento di cognizione secondo il Progetto Solmi*, cit. *Rivista*, 1937, 269-281); e na explícita alusão do Ministro que promulgou aquele nosso referido Código (MANUEL RODRIGUES) à doutrina italiana, no seu sugestivo Relatório apresentado à Comissão Revisora, a que presidia, sobre o instituto da conciliação preliminar e judicial (vid. Acta n.º 11 da mencionada Comissão Revisora de 18 de Maio de 1937, publicada na *Rev. Ord. Adv.*, ano 4.º, 1944, n.ºs 3 e 4, 131 ss. e referida por ALBERTO DOS REIS, *Código anotado*, II, 1949, 279), e à doutrina alemã analisada por um conhecido escrito de LIEBMAN (*Risoluzione convenzionale del processo*, publicado na já citada *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1932, 260-293). E, acerca das mencionadas relações directas de BENTHAM com os nossos legisladores liberais, vid. em especial as lisonjeiras referências de DUMONT no Prefácio da tradução francesa da conhecida obra daquele famoso autor intitulada *De l'Organisation judiciaire et de la Codification*, Paris 1928, em que alude não só ao excepcional acolhimento dado às obras e projectos oferecidos por BENTHAM à nossa referida Assembleia Legislativa liberal, como até à deliberação tomada por essa mesma Assembleia de traduzir todas as referidas obras para o idioma pátrio. — Referências essas em boa parte confirmadas pela curiosíssima e para nós algo desvanecedora correspondência trocada entre aquele eminente filósofo-jurista e as nossas referidas primeiras Cortes Liberais de 1821 e 1822 — correspondência essa que supomos hoje totalmente esquecida

mesma e nossa referida legislação. Desvio esse, aliás, que uma vez plenamente confirmado pela nossa própria experiência e por numerosos e autorizados testemunhos, nos havia de

no nosso país; e que por isso mesmo, e pela inegável importância histórica e doutrinal que reveste para o estudo da evolução das ideias políticas e jurídicas operada entre nós no referido período histórico (nomeadamente em relação ao objecto ou tema central deste ensaio), nos esforçámos e lográmos encontrar disseminadas pelos seis primeiros grossos volumes do citado *Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa* (vols. I a VI, inclusive) e que depois se passou a designar *Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Segunda Legislatura, Imprensa Nacional, 1822 (vols. V e VI).

Trata-se de quatro preciosas cartas dirigidas por BENTHAM às nossas mencionadas Cortes e das respostas e agradecimentos destas últimas, relativas em especial às ofertas das obras e projectos daquele famoso autor aos nossos legisladores, a saber: — 1) Em data desconhecida (mas que, evidentemente, temos de supor pouco anterior à da resposta que lhe foi dada pelas Cortes Portuguesas), BENTHAM oferece e envia em mão todas as suas obras às mencionadas Cortes; — 2) Em 24 de Abril de 1821, as Cortes agradecem a oferta e comunicam ao famoso jurisconsulto a resolução de essas mesmas obras serem traduzidas e publicadas em Portugal (*Diário cit.*, v. I, Acta n.º 62, 671); — 3) Endeçada de Londres, em 5 de Maio de 1821, BENTHAM agradece por sua vez a carta e as expressões altamente elogiosas das Cortes antes mencionadas: — essa carta foi recebida em 26 de Junho do mesmo ano (*o. c.*, v. II, Acta n.º 112, 1345), e o seu texto original e respectiva tradução encontram-se reproduzidas no vol. III do mesmo *Diário*, p. 2274; — 4) Em nova carta (sem data) BENTHAM comunica o seu propósito de elaborar para apreciação das mesmas Cortes e base de estudo destas, três projectos de Código (civil, penal e constitucional, respectivamente) «todos adaptados às circunstâncias de Portugal» ou «em que Portugal se acha colocado»: — esta carta é comunicada às Cortes na Sessão de 26 de Novembro de 1821 e respondida favoravelmente em 3 de Dezembro do mesmo ano; e o original e a respectiva tradução encon-

conduzir (e não nos furtamos a repetir que com verdadeira surpresa) à verificação não só de outras e porventura ainda mais graves desvirtuações e aberrações jurisprudenciais (em especial o já referido e invectivado sistema de *inversão* do julgamento de facto), como e sobretudo à constatação dos mencionados e múltiplos defeitos de técnica legislativa ⁽¹³⁹⁾, de estrutura geral do mecanismo processual e de organização judiciária ⁽¹⁴⁰⁾ que revelaram e deram causa à referida crise,

tram-se na Acta n.º 259 de 27 de Dezembro seguinte (v. IV, 3524); tendo as Cortes decidido, em conformidade com a sugestão do próprio BENTHAM, que lhe fossem remetidos para base fundamental da elaboração dos mencionados projectos, «uma colecção das actas e diários das Cortes, continuando a sucessiva remessa dos números subsequentes ao passo que se fossem publicando» (Acta n.º 237, v. IV, 3505); — 5) Em 30 de Janeiro de 1822, BENTHAM escreve de novo às nossas Cortes a oferecer-lhes o escrito *Letters to Count Toreno on the proposed penal code delivered in by the legislation committee of the Spanish Cortes*, como consta da Acta da Sessão de 22 de Fevereiro de 1822 (v. V, 584); e, finalmente, a acompanhar o opúsculo *Codification proposed addressed by Jeremias Bentham to all Nations professing liberal opinions*, BENTHAM envia uma última carta de que se não indica a data, mas de que é dada notícia na Sessão de 25 de Maio de 1822 (v. VI, 277).

⁽¹³⁹⁾ Como, por exemplo, a inexacta formulação do princípio da livre apreciação da prova, nomeadamente o teor dos arts. 653.º, alínea e) e 655.º — que fala em *decisão justa* e não em *decisão conforme à verdade* — e a já aludida omissão do dever de motivação das sentenças dos tribunais colectivos de primeira instância.

⁽¹⁴⁰⁾ Estes defeitos, em que avultavam, além do aludido sistema de oralidade pura e da deficiente disciplina, (ou até omissão) do dever de motivação das decisões de facto (nos termos indicados no texto e na nota antecedente), o número então *deficientíssimo* de magistrados em relação ao *extraordinário aumento* de movimento de processos verificado posteriormente à promulgação do Código de 1939 e ao maior

que as nossas últimas reformas muito louvavelmente tentaram, mas só parcialmente em nosso entender lograram remediar.

7. Na breve formulação que acabamos de dar ao tema fundamental do presente ensaio, visto através de algumas das suas principais conexões e repercussões teóricas e práticas, (nomeadamente as relativas ao *dever de motivação* das sentenças e aos princípios *inquisitório* e de *imediação*, como instrumentos fundamentais da justiça substancial moderna), mantivemo-nos deliberadamente sobre o vago e generalizado das contraposições apontadas, sem descermos a pormenores e detalhes técnicos que, adensando inevitavelmente o esquema da problemática delineada, seguramente dificultariam, do ponto de vista do método da exposição, uma sempre recomendável primeira visão complexiva e quanto possível nítida e impressiva (embora apenas aproximativa) dum tema deveras aliciante, como o que nos propusemos focar neste ensaio — a análise dos poderes e deveres do juiz em relação a um dos aspectos fundamentais da actividade negocial das partes no processo moderno — mas, sem dúvida, extremamente árduo e complexo⁽¹⁴¹⁾, por se reconduzir (como já acentuámos e

volume e intensidade de trabalho exigido pelo processo publicístico e inquisitório, foram por nós directamente visados e examinados em dois dos nossos já mencionados (*supra*, notas 5, 19, 29 e 76) outros estudos intitulados: *Sugestões para a reforma do processo* (Relatório enviado a Sua Excelência o Ministro da Justiça em 1957) e *Reflexões sobre o problema da oralidade* (Conferência proferida no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra, em 1961).

(¹⁴¹) Assim VALSECCHI, na sua já citada e límpida monografia *Giucoco e Scomessa — La transazione*, Milão (Giuffrè) 1954 (vol. XXXVII, tomo II do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de CICU e MESSINEO),

melhor passaremos a ver de seguida), a um domínio político-social e dogmático tido justamente desde longa data até aos nossos dias pela doutrina responsável como terreno «erizado de dificuldades» (142).

Sendo oportuno referir também desde já, num outro breve parêntesis, como ilustração desta dupla faceta da grande dificuldade, importância e delicadeza do tema dos negócios processuais em geral e da conciliação e da transacção em particular, entre muitos outros que poderiam invocar-se, os seguintes e qualificados testemunhos:

Em primeiro lugar, o que afirmou CARNELUTTI já em 1930, numa sua recensão a um conhecido livro de FLUMENE (*Causa e dissoluzione del negozio transactivo civile* (143)), sublinhando que o «contrato de transacção, situado quase na zona de confins entre o direito privado material e o direito processual, é uma figura tão interessante que para a estudar a fundo e extrair dela tudo quanto em si encerra se requer uma boa dose de engenho e uma consumada experiência»; acrescentando que «até então esse estudo, sobretudo na doutrina italiana, faltava inteiramente», porque «aquele pouco que sobre aquela

refere que com frequência os escritores da matéria, antigos e modernos, insistem sobre as enormes dificuldades do tema da transacção, aludindo, por um lado, à difundida opinião entre os Comentadores de que *iste titulus de transactionibus est subtilis difficilis et magis utilis quam alius de toto codice et qui sit in corpore iuris*, e, por outro, à afirmação de VALERONIO que definia esta matéria como *subtilis atque difficilis* (cf. o. c., 146).

(142) Vid. neste sentido, e usando da própria expressão sublinhada no texto, CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Turim 1942, 8, nota 2 e DALLOZ, *Répertoire*, cit., tom. XLII, 1.ª parte, voc. *Transaction*, 688.

(143) Recensão esta publicada na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1930, 103.

mesma figura se havia escrito nesta doutrina continha uma indagação à flor da pele».

Por outro lado, o que o mesmo eminente processualista, passados mais de 20 anos de contínuo e fecundo labor sobre este expressivo comentário (e outros tantos a contar dum seu primeiro e famoso escrito sobre o tema central da causa da transacção) ⁽¹⁴⁴⁾, confidenciou no que supomos constituir uma das suas últimas e valiosas contribuições ao tema em análise ⁽¹⁴⁵⁾, declarando que regressava a este tema «caro aos seus estudos juvenis», depois de quarenta anos, em que, sempre que o teve sob os olhos, «nele encontrou qualquer coisa de ambíguo ou mesmo de fugidio que não lograra apreender»; mas asseverando igualmente que a «inquietação» não era sòmente sua, e que o pensar que «durante séculos e séculos se acreditou que a transacção era um contrato e para mais um contrato bilateral», (tese que nesse seu estudo CARNELUTTI abertamente combatia), devia constituir sério motivo para nos sentirmos «mortificados pela superficialidade dos nossos pretensos conhecimentos científicos» ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Publicado na *Riv. Dir. Comm.*, 1914, II, 578 ss., sob o título *Sulla causa della transazione*.

⁽¹⁴⁵⁾ Publicada na *Riv. Dir. Proc.*, 1953, I, 185-190, sob o título *La transazione è un contratto?*, pois que CARNELUTTI só volta a abordar, que o saibamos, o problema da natureza da transacção em três outros estudos: *Transazione ed eccessiva onerosità*, *Efficacia esecutiva del processo verbale di conciliazione e Arbitrato improprio* (nos vols. de 1955, 1961 e 1962 da cit. *Rivista*, I, 85 ss., II, 254 ss. e I, 197 ss., respectivamente), no último dos quais se mantém fiel à mesma linha de pensamento perfilhada no estudo publicado em 1953.

⁽¹⁴⁶⁾ Vid. o primeiro dos escritos citados na nota antecedente, *Riv. cit.*, 188. Cumprindo salientar que esta impressiva posição do eminente jurista italiano em relação à doutrina do seu país é particularmente autorizada e insuspeita, não só pelo grande prestígio do seu

E, finalmente, algumas não menos impressivas e reveladoras sínteses que se lêem na que supomos constituir também a mais recente monografia dedicada em Itália a estas delicadas matérias, vistas sob o prisma sugestivo e actualíssimo da teoria do negócio declarativo ou certificativo⁽¹⁴⁷⁾; nomeadamente: — a muito reveladora afirmação de que «pode parecer uma ironia da sorte, em relação a um negócio destinado a

nome, que figura entre os dos maiores jurisconsultos e processualistas mundiais do presente século, mas até porque ele próprio dedicou o maior interesse e predilecção (abertamente confessados, como se vê do texto) ao estudo dos temas da transacção, da composição amigável e figuras afins. De tal sorte que, em 1914, em que escreveu o seu primeiro e famoso estudo *Sulla causa della transazione*, citado na nota 144 da página antecedente, (que fez carreira em Itália, até aos nossos dias, em certo sector, aliás, também bastante autorizado, da doutrina, a despeito de CARNELUTTI ter abandonado posteriormente a tese radicalmente contratualística que aí sustentara, admitindo a validade da transacção sobre lides temerárias), e 1953, 1955 ou mesmo 1962, datas em que publicou os seus também já mencionados últimos escritos sobre este tema (vid. referida nota 145 da página antecedente), este laborioso e fecundo jurista italiano abordou, pelo menos, *quinze vezes* (algumas delas em termos verdadeiramente notáveis), todos estes temas, quer em trabalhos monográficos, quer em extensos e bem cuidados capítulos dos seus tratados e obras gerais, quer em notas de jurisprudência e recensões, como a mencionada na nota 143 da p. 121. — E cumpre ainda notar que a referida recensão ao livro de FLUMENE, donde respigamos as primeiras passagens transcritas no texto, foi escrita depois de CARNELUTTI já ter publicado cinco estudos sobre os institutos em análise, a saber: *Arbitrato estero*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, I, 397; *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, 123, *Documento e negozio*, (mesma *Riv.*, 1926, 181 ss.), além do capítulo das *Lezioni di diritto processuale*, Pádua 1920, vol. I, n.º 8 e 9 e da citada nota *Sulla causa della transazione*.

(147) Trata-se da obra de PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milão 1958.

remover a incerteza» que, «nenhum outro instituto se revele fonte de tantas incertezas como o negócio declarativo»; e aquela outra porventura ainda mais frisante asserção, (se atentarmos em que o autor em referência expõe e critica detalhadamente as opiniões de mais de três dezenas de autores alemães e italianos, sobretudo os mais recentes e representativos), segundo a qual, «se se exceptua algum esporádico consenso» entre todos os autores «acerca de alguns pontos específicos de uma dada corrente de orientação, torna-se todavia impossível encontrar dois escritores *pró* ou *contra* a teoria da certificação negocial que estejam de acordo sobre a formulação e sobre a solução do problema de fundo»; «e que esta situação de extrema incerteza em que se debate a moderna dogmática do negócio certificativo tem a sua raiz na extrema *dificuldade* do tema»; por último, a síntese que marca o objectivo essencial e o rumo reconstrutivo da obra deste mesmo autor, segundo a qual «o resultado caótico da doutrina, por um lado, e a autoridade indiscutível dos muitos escritores que se têm ocupado deste tema, por outro, aumentam a perplexidade de quem se propõe reestudar «a matéria dos fundamentos» desta figura jurídica «e induzem a rever a impositação dos temas de fundo» (148).

Mas devendo ainda sublinhar-se, como outras tantas frisantes expressões da extrema delicadeza e dificuldade do tema em análise (e nomeadamente dos graves embaraços que o apontado estado caótico da doutrina necessariamente suscita entre os autores), além dos aspectos já indicados, mais as seguintes ordens de factores e circunstâncias: — em primeiro lugar, a grande infixidez ou flutuação de opiniões verificadas em relação a este tema entre os autores mais categorizados,

(148) Vid. PUCCINI, *o. c.*, 125, 128 e 132, respectivamente.

quer antigos quer modernos, como sucede entre os últimos com CARNELUTTI (nos termos por ele próprio confessados, que acabam de assinalar-se e melhor se pormenorizarão no decurso deste ensaio) ⁽¹⁴⁹⁾ e com CARRESI, que na última edição da sua já citada *Transazione* ⁽¹⁵⁰⁾ não só declara repudiar em grande parte as opiniões por ele próprio perfilhadas em quatro estudos anteriormente publicados ⁽¹⁵¹⁾, como chega a tributar de absurda a tese da aleatoriedade que sustentara numa daquelas suas referidas obras ⁽¹⁵²⁾; e entre os primeiros com BONCENNE, que em duas sucessivas passagens do Tomo I da sua conhecida e notável obra *Théorie de la Procédure Civile* ⁽¹⁵³⁾, se mostra uma vez (a pág. 92) partidário decidido do sistema genebrino da conciliação judicial no decurso da causa da autoria de BELLOT ⁽¹⁵⁴⁾ e da conciliação dos comissários holandeses que elaboravam um relatório ⁽¹⁵⁵⁾ para enviar ao tribunal que viesse a julgar a causa em caso de insucesso da tentativa conciliatória, e noutras (a pág. 200) adversário convicto desse mesmo sistema ⁽¹⁵⁶⁾; e finalmente, entre nós, com ALBERTO DOS REIS, que nos termos também já acima

⁽¹⁴⁹⁾ Vid. *supra*, 121-122, notas 143-146 e *infra*, Parte II, Cap. I.

⁽¹⁵⁰⁾ Edição de Turim 1956.

⁽¹⁵¹⁾ *O. c.*, 2 nota.

⁽¹⁵²⁾ *Ibidem*, 108 nota 1.

⁽¹⁵³⁾ 3.^a edição, Bruxelas 1839.

⁽¹⁵⁴⁾ Vid. *supra*, 12, nota 6, a citada *Loi sur la procédure civile du canton de Genève précédé de l'exposé des motifs*, par Feu P.-F. Bellet, Genève-Paris, Quatrième édition, 1877.

⁽¹⁵⁵⁾ Vid. *infra*, 127 notas 163 e 164, as alusões de MEYER e SCAMUZZI a esta segunda modalidade de conciliação.

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. também sobre este mesmo sistema da conciliação judicial genebrina (e holandesa do art. 19.º do Código de Processo de 1838), BORDEAUX, cit. *Philosophie de la procédure civile*, Evreux 1857, 422 ss., em confronto com as pp. 43 e 97.

assinalados manifestou uma profunda evolução de pensamento ⁽¹⁵⁷⁾.

Em segundo lugar, a vibrante, irreduzível e por vezes até algo estridente contraposição de pontos de vista verificada entre os maiores especialistas desta árdua matéria e entre correntes doutrinárias de reconhecida categoria científica: — como ocorreu, por exemplo, com os sarcasmos que alguns autores alemães, designadamente NEUNER e SCHNORR VON CAROLSFELD dirigiram à doutrina da natureza declarativa da transacção, tradicional do direito francês e italiano, falando a tal propósito de «deduções falazes e mirabolantes» ⁽¹⁵⁸⁾, e com a crítica severa de LIEBMAN à teoria alemã do negócio certificativo, por ele qualificada como uma «criação orgulhosa da doutrina mais recente», que constitui «um produto da fantasia audaz e refinada de alguns escritores, mas muito distante das realidades da vida e digna de figurar entre os resultados mais brilhantes mas mais inservíveis da especulação intelectual abstracta», que «bem longe de fornecer um guia nos meandros tormentosos duma floresta selvática, não consegue libertar o intérprete de um inextrincável labirinto casuístico» ⁽¹⁵⁹⁾; e da mesma sorte com CORRADO ⁽¹⁶⁰⁾, que qualifica a opinião de GIORGIANNI relativa à confissão como negócio jurídico, como um autêntico «jogo de funambulismo», o qual, «se bem que

⁽¹⁵⁷⁾ Vid. *supra*, 39, nota 23.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. NEUNER, *Privatrecht und Prozessrecht*, 160 e SCHNORR VON CAROLSFELD, *Beiträge zur Lehre vom Vergleich*, Breslau 1929, 48 nota 166, também citados por STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1933, 135.

⁽¹⁵⁹⁾ Autor citado, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. citada*, I, 1932, 280 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ *Il negozio di accertamento cit.*, Turim 1942, 16 nota.

demonstre fortes qualidades de equilibrista no brilhante e valioso escritor, é ainda a melhor prova da problematicidade da sua tese», e com CARRESI, que ao apreciar o debate travado entre os dois últimos autores, considera a opinião de GIORGIANNI sobre a eficácia específica dos negócios certificativos uma «evidentíssima verdade», a despeito de CORRADO a considerar por seu turno um «erro evidentíssimo»⁽¹⁶¹⁾.

E, por último, algumas inexactas interpretações doutrinárias e imprecisões de direito comparado susceptíveis de induzir em erro quem se não disponha a compulsar directamente os autores e a pesquisar persistente e cuidadosamente os textos das legislações estrangeiras. Como ocorreu, em relação a estas últimas, com VOLTAIRE, que manifestamente adulterou a verdadeira essência jurisdicionalística do sistema conciliatório dos comissários holandeses, referidos e descritos na sua célebre carta de 1745⁽¹⁶²⁾, os quais, como decorre de MEYER⁽¹⁶³⁾, de SCAMUZZI⁽¹⁶⁴⁾, e em parte de BONCENNE⁽¹⁶⁵⁾, são precisamente os mencionados na página anterior, sem que entretanto qualquer destes autores tenha aludido directamente a tal adulteração; com SCAMUZZI⁽¹⁶⁶⁾, que considera o sistema da conciliação judicial prussiana de feição jurisdicionalística como inspirado (e portanto posterior) ao sistema holandês então vigente (Código de Processo de 1838), quando a verdade é que o sistema prussiano por ele descrito (a Allgemeine Gerichts-

⁽¹⁶¹⁾ Vid. CARRESI, *La transazione*², cit., Turim 1956, 30, nota 3.

⁽¹⁶²⁾ Vid. *supra*, notas 28 e 58, pp. 46 e 67 e *infra*, Parte II, Cap. II.

⁽¹⁶³⁾ Cit. *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, tomo IV, 372 e tomo V, 572.

⁽¹⁶⁴⁾ Cit. *Il Digesto Italiano*, vol. VIII, n.º 51, 50.

⁽¹⁶⁵⁾ Vid. *o. c.* (*supra*, 14 nota 6), 89 nota 5.

⁽¹⁶⁶⁾ *O. c.*, n.ºs 73 e 74, p. 60, 2.ª col.

-Ordnung, de Frederico Guilherme II) fora promulgado muitos anos antes, em 6 de Julho de 1793, (ou, quando menos, em 1799) ⁽¹⁶⁷⁾; e entre nós com ALBERTO DOS REIS que, certamente por lapso, afirmou no seu *Comentário ao Código de Processo Civil* (vol. II, 1949, pág. 319) que o Código italiano de 1940 não consagrou a conciliação preliminar perante os juizes conciliadores: — sendo certo que o artigo 321.º e seguintes do mesmo Código a consagram inequívocamente, embora com carácter facultativo ⁽¹⁶⁸⁾. — E ocorreu igualmente, quanto à doutrina, em numerosos casos: — sendo particularmente frisante a crítica injusta de BONCENNE a BENTHAM, ao asseverar que este último autor desconhecia, e portanto fantasiava acerca do sistema da conciliação preliminar francesa revolucionária por ele combatida, ao admitir que nesta havia um verdadeiro processo, em que, inclusivamente, se podiam produzir provas; esquecendo ele próprio que BENTHAM criticava o texto do *Projecto* que serviu de base à Lei de 16-24 de Agosto de 1790 (e não essa própria Lei), o qual inseria essa e outras disposições repudiadas pelo famoso filósofo-jurista inglês ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Vid. LESSONA, *I doveri sociali del Diritto Giudiziario Civile*, Turim 1897, 17 nota 3.

⁽¹⁶⁸⁾ E supomos tratar-se efectivamente de um simples lapso do nosso eminente processualista, uma vez que nesta sua obra (vol. III, p. 176) ele cita e transcreve até algumas passagens de um sugestivo estudo de MARIANO D'AMELIO, publicado na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, de 1941, sob o título de *Le tendenze sociali del nuovo Codice di Procedura Civile*, 3 ss., e nesse estudo o referido autor alude explicitamente aos citados arts. 321.º e 322.º do Código de Processo italiano de 1940 (cf. *o. c.*, 5).

⁽¹⁶⁹⁾ Vid. neste mesmo sentido, além de DUMONT (no *Prefácio* à já citada *De l'Organisation Judiciaire et de la Codification*, v a VIII),

8. Tudo razões por que importa prosseguir um pouco mais detidamente, embora ainda a título meramente introdutivo, na análise do apontado nexos lógico-dogmático que o problema da composição amigável e dos negócios processuais em geral entrem com a questão primacial dos poderes e deveres do juiz no processo moderno.

Não tanto para aferir, uma vez mais, da extrema importância lógico-sistemática e delicadeza do conjunto destes vários temas (sobretudo quando olhados do ângulo particular e quase inexplorado por que neste ensaio os procuramos defrontar — da sua íntima correlação com o palpitante problema da delimitação dos aludidos *poderes e deveres* do juiz na função jurisdicional do nosso tempo, como ainda e fundamentalmente para revelar mais algumas das amplas e relevantes conexões e implicações em que, neste mesmo plano, a descrita contraposição de soluções e perspectivas (de base contratualista e jurisdicionalística, respectivamente) se desdobra.

Cumprindo prestar particular atenção não só à análise dos dois indicados e transcendentos princípios ou deveres de *motivação* e de *persuasão*, mas ainda a um outro dos também já apontados⁽¹⁷⁰⁾ deveres do juiz no processo moderno, que está em estreita relação quer com qualquer daqueles princípios, quer com o poder-dever de averiguação da verdade material: —o qual, fundamentalmente, se traduz num espírito de *efectiva e leal colaboração* do julgador com as partes, na própria clarificação e completação do material de facto e de direito do

REY (*Des Institutions Judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres états anciens et modernes*, Paris 1826, tomo II, 142).

(170) Vid. *supra*, nota 71, pp. 80-82 e *infra*, página e nota seguintes.

processo, traduzido no poder-dever de perguntar e de esclarecer as partes (*Fragepflicht e Aufklärungspflicht*) ⁽¹⁷¹⁾, e representa porventura um dos factores ou directivas técnicas, ético-sociais e ideológicas mais delicadas e fecundas da actividade dos juizes do nosso tempo, para a realização duma justiça verdadeiramente *humana, equitativa e persuasiva* que constitui a *meta ideal* da função jurisdicional moderna e se consubstancia nos fins transcendententes da própria conciliação judicial ⁽¹⁷²⁾. — Mas a que as nossas leis processuais positivas, quer passadas quer presentes, não lograram dar, como ocorreu em grande parte com o princípio da motivação, aquela rigorosa e explícita formulação que as legislações austríaca e alemã, fontes da nossa, e várias outras nelas directamente inspiradas ⁽¹⁷³⁾, lhe consagram.

Sendo através da contemplação destes novos e importantes aspectos do problema que, por um lado, se pode colher uma das mais fortes e impressivas manifestações ideológicas e práticas dos mencionados princípios da *motivação* e da *persuasão* das sentenças judiciais; e igualmente se pode ascender, por outro lado, à mais alta das conexões do instituto em análise com os fins supremos do Direito e da Justiça de todo o mundo civilizado, mas sobretudo dos tempos modernos: — segundo a qual a conciliação ou a composição amigável dos

⁽¹⁷¹⁾ Cf. *supra*, página e nota antecedentes.

⁽¹⁷²⁾ Vid. *infra*, 162 s. nota 203, 168 ss., 185 nota 228, 192, 193, 198 s., 201, 202, 207, 209, 211, 216 e nota 276, 225, nota 294, 226 nota 295, 237.

⁽¹⁷³⁾ Vid. em especial o Código húngaro de 1911 (arts. 224.º e 225.º), o Código Federal suíço de 1947 (arts. 2.º, 2 e 35.º, 1), o Código sueco de 1942 (§ 5 do cap. 11, e § 4 do cap. 43), cit. por EKELÖF, *o. c.*, 14 ss., e CAPPELLETTI, *o. c.*, II, 744 nota 57 ss., a Reforma argentina de 1953 (arts. 21.º e 23.º) e as numerosas outras legislações citadas por CAPPELLETTI, *o. c.*, Parte II, 508 ss., 600, 662 ss.

conflitos de interesses se analisam numa verdadeira síntese das tendências de *aperfeiçoamento ético-religioso* do Direito objectivo, e em que por isso mesmo se deparam, (designadamente em face de algumas das lacunas e imprecisões mais salientes das nossas mais recentes reformas processuais), graves dificuldades que se não podem esquecer ou sequer subestimar.

9. Passaremos, pois, a tentar determinar um pouco mais de espaço, numa segunda e porventura até numa terceira aproximação do problema posto (dos poderes e deveres do juiz na conciliação judicial), a razão de ser e o enorme alcance, amplitude e importância prática, ideológica e dogmática da referida conexão destes institutos com a moderna teoria dos poderes e deveres dos órgãos jurisdicionais nas suas relações com os litigantes e o próprio Estado. Começando, precisamente, por procurar abrir caminho, através de algumas considerações de ordem geral, à revelação das apontadas conexões e à remoção das descritas dificuldades: — as quais no seu conjunto, e a despeito do forte pendor jurisdicionalístico que as considerações precedentes por si mesmas sugerem, são como veremos de molde a reacender, sobretudo em relação ao nosso vigente sistema processual positivo, e agora sob um prisma particularmente delicado (o prisma candente das *garantias judiciárias* que tem revestido entre nós nos últimos tempos⁽¹⁷⁴⁾ e continua a revestir, após as nossas mais recentes reformas processual e judiciária de 1961, a maior acuidade)⁽¹⁷⁵⁾,

⁽¹⁷⁴⁾ Vid. *supra*, 88, 89 e 110, notas 77 e 123.

⁽¹⁷⁵⁾ Posto que, como melhor veremos no decurso deste ensaio (*infra*, 134 ss. nota 182), a grave questão das *garantias judiciárias* continua entre nós quase em aberto; uma vez que a principal das medidas

o debate basilar da teoria dos poderes e deveres do juiz nas suas relações com as partes no direito processual moderno. O que confere, como é fácil intuir e melhor se verá de seguida, a maior *importância dogmática e oportunidade prática* à análise do problema em face da nossa própria legislação positiva.

Vejamos, pois, um tanto mais detalhadamente (e em ordem à concretização, apreciação e possível remoção das mencionadas dificuldades), a razão de ser, o alcance e amplitude da referida conexão dos institutos em análise com a *moderna teoria dos poderes e deveres do juiz*, quer em tese geral, quer de um modo especial em face dos esquemas seguidos pelo nosso próprio sistema de direito positivo e os que lhe são congéneres ou lhe serviram de fonte de inspiração nesta densa, delicada e importante matéria.

10. Esforçámo-nos por demonstrar em precedentes estudos e, designadamente, na nossa já várias vezes citada *Atendibilidade de factos não alegados* (publicada no *Boletim da Faculdade de Direito* entre os anos de 1943 e 1945) ⁽¹⁷⁵⁾, em relação à qual o presente ensaio foi de princípio concebido, e em grande parte estruturado e elaborado para constituir seu mero complemento lógico e dogmático, (no sentido da corro-

legislativas adoptadas pelo legislador de 1961 para levar os juizes a uma *rigorosa e exhaustiva análise crítica* dos factos em causa — o *dever de motivação* das decisões da matéria de facto — se tem revelado, por várias ordens de razões, quase praticamente inoperante (cf. *supra*, 24 nota 14, e *infra*, Parte II, Cap. III).

⁽¹⁷⁶⁾ Vid. os já citados vols. XIX (pp. 377-429), XX (pp. 143-220) e XXI (pp. 159-182 e 502-515) do referido *Boletim* e a *Separata* editada pela Coimbra Editora em 1946.

Quanto aos outros estudos a que aludimos no texto, trata-se dos já referidos nas notas 14 e 29 pp. 23 e 46.

boração da principal tese por nós ali sustentada acerca da grande latitude dos poderes atribuídos ao juiz nos processos civis modernos) ⁽¹⁷⁷⁾, que dos vários sistemas de relações entre a actividade das partes e do juiz, histórica e doutrinariamente conhecidos, aquele que no plano técnico-sistemático e ideológico melhor satisfaz as múltiplas exigências substanciais e formais da concepção publicística do processo civil moderno é um sistema *misto de dispositivo e inquisitório*, que, pelo seu marcado pendor para o reforço da actividade dos tribunais, sobretudo em matéria instrutória, denominámos, à falta de melhor expressão, por sistema *inquisitório moderado* ⁽¹⁷⁸⁾. — O qual fundamentalmente se caracteriza, segundo então pensávamos e ainda hoje continuamos a pensar, por uma *dupla linha de tendência*: por um lado, o considerável aumento dos poderes ou faculdades atribuídos ao juiz em face das partes, nos domínios da *direcção* do processo e da *averiguação da verdade material* (elementos específicos do pensamento publicístico e inquisitório moderno) ⁽¹⁷⁹⁾; por outro, e em conjugação com este aumento de poderes, a consagração do princípio da valorização da actividade e iniciativa instrutória dos

⁽¹⁷⁷⁾ Vid. *infra*, Parte II, Cap. III.

⁽¹⁷⁸⁾ Conceito e orientação em geral seguidos pelos autores que entre nós se ocuparam posteriormente deste tema, como CABRAL DE MONCADA, no já citado estudo *O Processo perante a Filosofia do Direito*, Coimbra 1946, 31, 32, 34, 35, 36, 37, nota e 43; ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, IV, 523; MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de Direito Processual Civil*, Coimbra 1956, 363; VAZ SERRA, *Provas — Direito probatório material*, Lisboa 1962, 14 ss.; e CASTRO MENDES, *Do conceito de prova cit.*, 157 — tendo os dois primeiros e o último aderido expressamente (o que nos apraz registar) à nossa própria designação de «princípio inquisitório moderado» (vid. *obs. e locs. cit.*).

⁽¹⁷⁹⁾ Vid. *supra*, 60 nota 47, 72, 74-75 e 84 notas 70-72 e *infra*, 134-136, nota 182.

próprios pleiteantes, em ordem à consecução do referido objetivo, quer por razões essencialmente técnicas⁽¹⁸⁰⁾, quer por razões de natureza substancial (nomeadamente concernentes à delimitação do objecto da acção)⁽¹⁸¹⁾, e a consagração de um certo número de *garantias essenciais* de natureza ético-social e jurídico-política, decorrentes da ideia geral de «Estado de direito»⁽¹⁸²⁾ (só muito vaga e incompletamente examinadas e

(¹⁸⁰) Ver a enumeração destas razões na nossa cit. *Atendibilidade* (pp. 140 e 141 ss.) e *supra*, p. 100, em que se destacam: — por um lado, a especial idoneidade das partes para levarem ao processo uma imagem real da situação controvertida, quer pelo seu mais directo conhecimento dessa mesma situação e dos meios de a reconstituírem em juízo, quer pelo maior interesse e conseqüente estímulo nessa reconstrução; — por outro, a situação de quase impossibilidade em que os tribunais funcionalmente se encontram para penetrarem directa e completamente no conhecimento das situações litigiosas do direito privado. — O que tudo se reconduz a uma visão oportunística do princípio em causa (princípio *dispositivo moderado*), assente no conceito da auto-responsabilidade das partes (Vid. no mesmo sentido, entre nós, M. ANDRADE, *o. c.*, 361 ss.; e alude também, considerando todavia incorrecta tal designação, ao princípio da auto-responsabilidade das partes — em conexão com o princípio *dispositivo*, CASTRO MENDES, *o. c.*, 162 ss.).

(¹⁸¹) Vid. *supra*, notas 70-71 e *infra*, 135-138, notas 182-183.

(¹⁸²) Vid. a nossa *Atendibilidade*, 137 ss. e 139; e, entre muitos outros, LEHMANN, num estudo intitulado *A reforma do processo civil e a ideia de Estado de direito*, apresentado no Congresso dos juristas alemães realizado em Iena em 1924, por iniciativa da «União dos processualistas alemães» (*Vereinigung deutscher Zivilprozessrechtslehrer*) constituída em 1921, Congresso esse exclusivamente dedicado à análise das então recentes reformas do processo germânico, nomeadamente a Reforma de 13 de Fevereiro de 1924 (cit. apud *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1924, 367 ss.).

Cumprindo todavia salientar que a conjugação das duas mencionadas linhas de tendência a que aludimos no texto (aparentemente contrastantes mas que no fundo exprimem um fecundo princípio de cola-

teorizadas pelos nossos autores do presente século, mas que

boração ou cooperação entre o julgador e os litigantes no exercício da função jurisdicional civil), tem sido definida pelos autores italianos mais recentes na base duma curiosa síntese de CARNELUTTI expressa no *Sistema*, I, n.º 29, 165 ss., segundo a qual o princípio inquisitório (*moderado*, na terminologia por nós adoptada) não visa conferir um monopólio ao juiz sobre o processo mas tão só tolher o monopólio das partes. — Assim, CARNACINI (cit. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milão 1961, 695-772, e em especial 762 ss.), CAPPELLETTI (cit. *La testimonianza delle parte*, I, 307 ss. e *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 1962, 193 ss) e DENTI (cit. *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1965, 31 ss. e 41), na esteira duma moderna corrente doutrinal germânica que tende a distinguir nitidamente a *Dispositionsmaxime* (que traduz o poder das partes de requererem a tutela judicial e determinarem o objecto do processo) da *Verhandlungsmaxime* (que por sua vez traduz o poder de aquelas levarem ao processo o material probatório relativo aos factos afirmados), sublinham que «nada se opõe a que se coordene o respeito mais absoluto pela iniciativa das partes» naquele primeiro domínio, com a possibilidade de o juiz, uma vez que a máquina judiciária tenha sido posta em movimento por elas, não ficar inerte à espera da contribuição interessada de outrem, «mas procure investigar por si, em maior ou menor medida a verdade, a fim de reconstruir do melhor modo possível os factos da causa». (CARNACINI, *o. c.*, 761 ss.). — Posto que o essencial do processo civil que reconheça o carácter privado do objecto do juízo (numa ordem jurídica de tipo substancialmente liberal) se traduz no primeiro dos indicados princípios (*Dispositionsmaxime*); enquanto que a atenuação da *Verhandlungsmaxime* e a atribuição ao juiz do poder de contribuir para a investigação e aquisição das provas, constitui um facto de mera *técnica* processual, *interno* ao processo e preordenado à melhor realização dos seus fins» (DENTI, *o. c.*, 40 ss.).

Esta mesma ideia da atenuação do princípio individualístico do processo em matéria instrutória é também nítida na doutrina francesa mais recente. (Vid. por todos DEBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile — Étude de droit comparé interne*,

assumiram por vezes entre nós expressões verdadeiramente candentes) ⁽¹⁸³⁾, que visam pôr os litigantes a coberto dos

Aix-en-Povence 1960, 367 ss., apud DENTI, *o. c.*, 40 nota 32, e LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil — «Permanences» et «transformations»*, Paris 1935, 25, apud *ú. o. c.*, 41 nota 34).

É também sabido que foi a Z. P. O. austríaca de 1895 do famoso FRANZ KLEIN, entre os códigos processuais modernos, o que deu mais rigorosa e ampla expressão a este tipo de processo inquisitório moderado, conferindo ao juiz toda uma ampla gama de faculdades de averiguação da verdade (e até de completação do material instrutório) nos juízos civis, traduzidas num poder-dever geral de íntima e leal cooperação do juiz com as partes na elaboração duma sentença justa, o que tudo se traduz num poder-dever de direcção ou orientação substancial do processo que na doutrina austríaca se exprime pela impressiva e já mencionada fórmula *Prozessleitungspflicht*. (Vid. SCHIMA, *Considerazioni sul processo civile austriaco*, na *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, 723; e *supra*, 81 e nota 71).

Veremos oportunamente que outros amplos poderes-deveres se contêm nesta transcendente actividade instrutória substancial do juiz: — nomeadamente, o já citado e importante dever de interrogar as partes para fins de *clarificação e completação* do material de facto do processo, que o tornam directamente *responsável* (ou pelo menos *co-responsável*) pelo resultado (justo ou injusto) da decisão judicial (os já mencionados *Fragepflicht* e *Aufklärungspflicht* dos §§ 139 e 182 das Z. P. O. alemã e austríaca, respectivamente, bem como de vários outros sistemas legislativos dos mais recentes e progressivos do nosso tempo, como o do Código Federal suíço de 1947 (arts. 3.º, 2 e 35.º, 1)). — Sobre este último ponto vid. também *supra*, 81-83 e nota 71, e *infra*, 163 s. e 168 s.

E note-se também desde já e uma vez mais que o clássico princípio dispositivo ou de «discussão» (*Verhandlungsmaxime*) é impressivamente definido por BAUMBACH como princípio de alegação (*Beibringungsgrundsatz*). Vid. neste sentido o supramencionado SCHIMA, *ob. últ. cit.*, 720 ss. e 723.

⁽¹⁸³⁾ Como, por exemplo, em ALBERTO DOS REIS, o qual no cit. *Relatório do Projecto de Código de Processo Civil de 1935* (ed. Imprensa

possíveis erros, precipitações ou arbitrariedades que os jul-

Nacional, 1935, 17 ss.), em relação ao regime de oralidade pura, sem documentação da prova nem recurso, preconizado pelo então Ministro MANUEL RODRIGUES e consagrado quer em relação aos Tribunais Colectivos pelo Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932 (art. 16.º), combinado com o artigo 32.º do Código de Processo Comercial então em vigor, quer em relação aos procesos perante o juiz singular pelo Decreto n.º 22 780, de 29 de Julho de 1933 (art. 27.º), explicitamente refere: — que «todo o poder que se não limita» (precisamente pelas referidas garantias da documentação e do segundo grau de jurisdição em matéria de facto) «tende a corromper-se e a exorbitar»; — e que «a atribuição ao tribunal colectivo de competência para julgar sem recurso a matéria de facto da causa, deixava as partes inteiramente desarmadas perante os erros, as arbitrariedades ou as precipitações do tribunal»; — «razão por que — continuava o ilustre autor — o recurso parecia uma garantia necessária para conter o referido órgão jurisdicional dentro do respeito pela verdade e pela justiça, ou, ao menos, para fazer nascer nas partes e no público o sentimento da tranquilidade e da confiança em face das decisões judiciais» (o. c., 18). E muito recentemente no mesmo sentido, quanto ao vigente Código de Processo Civil, se manifestou o Ministro que o promulgou, ANTUNES VARELA, o qual, a propósito das razões justificativas da consagração nesse diploma legislativo do dever de motivação das decisões em matéria de facto, por sua vez sublinhou, no citado *Relatório da Lei Preambular* (Dec-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961) que aprovou o referido Código, que «a necessidade de justificar a decisão, substituindo as respostas secas, dogmáticas, autoritárias do colectivo por uma fundamentação esclarecedora do raciocínio dos juizes, pode contribuir (...) não só para a maior ponderação e acerto da própria resposta, como para o maior prestígio da decisão e do órgão donde ela emana»; e, noutro passo, já havia afirmado que «com ser difícil, num ou noutro caso, não se julga impossível a tarefa de concretizar as razões em que se fundam as respostas ao questionário»; e que «a perfeição dessas respostas tem a lucrar com a substituição dos puros impulsos, tantas vezes desordenados e enganadores, da simples intuição pela análise serena e reflectida dos

gadores, por deficiente ou exagerado uso (ou até mesmo abuso) ⁽¹⁸⁴⁾ daqueles amplos poderes de iniciativa instrutória e de direcção processual geral, possam vir a cometer em detrimento da defesa e plena realização prática dos seus legítimos interesses substanciais e processuais. E entre os quais se inserem e sobressaem a grande altura, como já aludimos, ⁽¹⁸⁵⁾ o *dever de motivação* das sentenças judiciais (de facto e de direito) por parte de todos os tribunais, o princípio do *segundo grau* de jurisdição e as clássicas garantias da *publicidade* e da *imparcialidade* ⁽¹⁸⁶⁾.

Como pressupostos fundamentais desta orientação pusemos em evidência, dando-lhes particular acentuação, por um lado, o princípio de que a *finalidade ideal* da função jurisdicional civil tende a revestir em nossos dias, e cada vez mais intensamente ⁽¹⁸⁷⁾, natureza eminentemente *publicística* e *inqui-*

factos que só a razão é capaz de iluminar e controlar com a necessária segurança». — Cf. *Relatório* cit. (*supra*, 2, nota 2) p. 23.

⁽¹⁸⁴⁾ Como vimos ter sucedido entre nós, pela inexacta interpretação do princípio da livre apreciação da prova (cf. *supra*, nota 14, pp. 23-31).

⁽¹⁸⁵⁾ Vid. *supra*, cit. nota 14, p. 23 e pp. 84, 89, 99, 119-120 e 129-131.

⁽¹⁸⁶⁾ Vid. *supra*, *ibidem*, e *infra*, 151 nota 191, 154, 166 ss., 168, 206 e 209.

⁽¹⁸⁷⁾ Vid. em especial, no sentido da profunda acentuação dos poderes inquisitórios do juiz, os referidos e recentes Códigos de processo civil sueco de 1942, mexicano de 1943, do Estado da Cidade do Vaticano de 1946, federal suíço de 1947, Reforma processual argentina de 1953, Reformas processuais francesas de 1935, 1944, 1958 e 1965, sem contar com os recentíssimos e já aludidos «Princípios fundamentais» ou «Normas fundamentais» do Direito processual civil da U. R. S. S. e das repúblicas da União Soviética, comentadas por FRANCHI, DENTI, GURVIC e GHERZON, e BERMAN (nas obras e lugares citados *supra* nota 70, p. 76 e nota 89, p. 92) e promulgadas em Dezembro de 1962; — e bem assim os também recentes Códigos dos Estados socialistas

sitória, consistindo, em síntese, na realização de uma justiça verdadeiramente *substancial e objectiva* ⁽¹⁸⁸⁾, assente, quanto possível, na reconstrução naturalística ou histórico-reprodutiva ⁽¹⁸⁹⁾ (ou, na tecnologia corrente da doutrina processual

da Europa Oriental, promulgados entre os anos de 1950 (Código de processo checoslovaco de 25 de Outubro), 1952 (Código da República democrática alemã de 2 de Outubro e Código da Bulgária de 8 de Fevereiro), 1954 (Lei processual húngara que alterou os Códigos de 1911 e 1952) e de 1956 (Código jugoslavo de 7 de Dezembro); e por último o também muito recente e já mencionado Projecto de reforma do processo civil da República Federal Alemã de 1961 (vid. *supra*, 70 e 71), e sobre estes últimos Códigos e Projectos o já citado DENTI, *o. c.*, 45, nota 50 e 63-65 e os ainda mais recentes projectos belga de 1963 e brasileiro de 1964 (cits. *supra*, 98 e nota 114).

⁽¹⁸⁸⁾ Já definida, *supra*, 133 ss. e nota 182 e *infra*, notas 189 e 190.

⁽¹⁸⁹⁾ A natureza «*historicística*» ou «*historiográfica*» da actividade do juiz na reconstrução dos factos da causa é posta em relevo pelos autores em geral, nomeadamente pelos que perfilham a ideia de que o *fim ideal* do processo consiste na descoberta ou averiguação da *verdade material* (Vid. por todos, SATTI, *Diritto Processuale Civile*, Pádua 1948, 155 ss. e *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milão 1962, Livro 2.º, Parte 2.ª, 207 ss.; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Pádua 1937, n.ºs 45, 49 e 50, p. 137 ss. e CALAMANDREI, *Il giudice e il storico*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1939, 105 ss., 107, 114 ss., 116 ss., 124 e 126, *passim*).

Mas cumpre observar que esta mesma ideia ganha particular acentuação nos mais modernos tratadistas do processo civil que pendem para a orientação *publicística* ou *inquisitória* (ainda que *moderada*) definida nas páginas antecedentes. — Assim, GIULIANI (*Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milão 1961, 249 nota 49) observa que «a liberdade de avaliação da prova preconizada pelos fautores da verdade material, está ligada a uma *atitude científica*: — a identificação da prova jurídica com o conceito de prova elaborado pelas ciências empíricas»; e DENTI (*o. c.*, 66 e 67), depois de assinalar o perigo de se poder considerar que os processos modernos possam ser trans-

moderna, segundo a *verdade real* ou *material*) ⁽¹⁹⁰⁾, da relação jurídica pré-processual controvertida; por outro, o critério ou directiva segundo a qual a plena consecução desta alta finalidade requer que os juízes disfrutem de ampla iniciativa e liberdade de movimentos dentro do processo, sobretudo

formados em *laboratórios de pesquisas experimentais*, como pretendiam GORPHE (*L'appréciation des preuves en justice*, Paris 1947, 154) e LEVY-BRUHL (*La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris 1964, 33), considera como o *óptimo* da política legislativa no campo das provas a «racionalização» dos processos probatórios, confiada ao emprego das *técnicas científicas* e da *lógica das probabilidades*».

⁽¹⁹⁰⁾ Em contraposição com o conceito de justiça e de verdade meramente *formal* (*legal* ou *jurídica*), que em geral se aponta (como veremos a seguir no texto) como característica fundamental dos sistemas processuais de base dispositiva liberal ou individualística do século passado. — Cumprindo todavia notar, em corroboração duma ideia já por nós assinalada na nossa *Atendibilidade* (p. 102 nota 2), que vários autores modernos sustentam que só é legítimo falar de uma *única verdade*, como ROSENBERG (*Lehrbuch*³ cit., § 63, I, 195); PUGLIATTI (*Conoscenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milão 1960, 90 ss. e em particular 110) que nega a «distinção *artificial* entre verdade formal e verdade material»; BETTIOL (*Presunzione ed onere della prova nel Processo Penale*, in *Riv. Ital. Dir. Penale*, 1936, 246 e 250); CALAMANDREI (*Il giudice e lo storico* cit., 115); SABATINI (*Teorie delle prove nel Diritto Giudiziario Penale*, III, CATANZARO, 1911, 13); GUASP (*Juez y hechos* cit., 92 ss. e 101); CARNELUTTI, que na sua célebre obra *La prova civile*, Roma 1915, e 2.^a ed. Roma 1947, 34, impressivamente referiu, numa síntese muito citada, que «a verdade é como a água ou é pura ou não é verdade»; e entre nós BARBOSA DE MAGALHÃES (*Aparência e realidade no novo Cód. de Proc. Civ. — O poder discricionário do Juiz e a crise da verdade, da lei e da justiça*, Conferência realizada na Ordem dos Advogados, em Lisboa, em 19 de Abril de 1940, e publicada nos *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, I, Lisboa 1940, 305-356, em especial, 351); e CASTRO MENDES (*Do conceito de prova em Processo Civil* cit., Lisboa 1961, 391 ss.). — E devendo igualmente sublinhar-se que o próprio

em matéria de recolha do material instrutório e de produção de prova, sem contudo esquecer os graves deveres que lhes incumbe cumprir para com as partes e o próprio Estado no exercício do *munus* público de que se acham investidos: — por força da sua íntima conexão com a referida ideia de *Estado de direito*, que, como se sabe, informa presentemente a grande maioria dos estatutos constitucionais das nações civilizadas.

Mas cumpre, todavia, reconhecer e sublinhar que, não obstante a enorme expansão doutrinal e histórico-positiva ⁽¹⁹¹⁾

processo dispositivo visa, em princípio, a descoberta da *verdadeira verdade* (ou *verdade material*), conforme decorre, entre outros, de CALAMANDREI, no citado *Parecer da Faculdade de Direito de Florença*, 102, e na *Abolição do Processo Civil?* (estudo também já citado da *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1938, 336 ss.); e já decorria em parte de BORSARI, (cit., *Il Codice Italiano di Procedura Civile annotato*³, Roma 1872, Prefácio, p. 8 ss.), nos termos e pelas razões indicadas *infra*, 153 s. e nota 194.

⁽¹⁹¹⁾ Assim, além dos numerosos sistemas legislativos processuais já citados na nossa *Atendibilidade*, que se inspiraram nas novas ideias de base *publicística moderada* referidas no texto, ou sejam: — as Ordenações processuais civis (Z. P. O.) alemã de 1877, austríaca de 1895 e húngara de 1911 (pp. 121 nota 1, 122 nota 2, 136 nota e 137 nota 1), os Códigos dos cantões suíços de Berna de 1918 e de Wallis de 1919 (p. 135), as Reformas alemãs nazistas de 15 de Julho de 1941 e de 16 de Maio de 1942 (pp. 125 nota 1 e 126 nota 1), as Reformas inglesas das *New Rules* de 1937 e do *Evidence Act* de 1938, as tendências doutrinárias americanas dessa mesma época (mencionadas na p. 138 nota 1) e os Códigos brasileiro de 1939 e italiano de 1940 (136 nota e 137 nota 1) — podem indicar-se ainda no mesmo sentido todos os vários Códigos processuais promulgados e Projectos legislativos elaborados antes (mas sobretudo depois) da entrada em vigor do nosso mencionado Código de Processo de 1939, bem como do Código italiano de 1940 (em volta dos quais fundamentalmente se centrou toda a investigação que constitui objecto daquele nosso trabalho). — Nomeadamente: — entre os

deste pensamento, (o qual, com ligeiras variantes de somenos importância, obteve já desde fins do século passado, e con-

primeiros, os já mencionados Códigos processuais civis sueco de 1942, mexicano de 1943, do Estado da Cidade do Vaticano de 1946, federal suíço de 1947, as Reformas francesas de 1935, 1944, 1958 e 1965, a Reforma argentina de 1954, as citadas «Normas Fundamentais» do direito soviético de 1962 e os vários e recentes Códigos dos Estados socialistas da Europa Oriental e outros (todos referidos *supra*, 89-116); — e entre os segundos, os numerosos e notáveis Projectos italianos de ORLANDO, CHIOVENDA, MORTARA, CARNELUTTI, REDENTI e SOLMI, franceses de *Appleton* de 1934 e da Comissão de Reforma de 1954, gregos de 1955 e 1960, alemão de 1931, (também já citados *supra*, 89-97 e notas 114 e 186), federal alemão de 1961, belga de VAN REEPHINGEN de 1963 e brasileiro de BUZAID de 1964, que todos adoptam nas suas grandes linhas o já referido *modelo* dos códigos publicísticos modernos (a célebre e mencionada Ordenação processual austríaca — Z. P. O. — de 1895, da autoria do famoso processualista FRANZ KLEIN). — Cumprindo, todavia, sublinhar que este foi também o modelo legislativo *pretensamente* seguido (como já várias vezes acentuámos dentro e fora deste estudo — vid. *supra*, 23 nota 14 e 84-89 ss.), pelos nossos legisladores de 1932 a 1939: — embora com manifesta e grave *desvirtuação* ou *adulteração* do pensamento genuíno deste famoso autor, no tocante ao sistema de *oralidade pura*, entre nós introduzido pelo Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932, e mantido pelo Código de 1939, com *explícita* mas *inexacta* alusão, por parte do ilustre Ministro que promulgou estes dois importantes diplomas legislativos — MANUEL RODRIGUES —, ao *pensamento oralista* do mencionado KLEIN. — O qual, todavia, preconizava nos trabalhos preparatórios da referida «Ordenação processual austríaca» (e acabou por adoptar no texto definitivo deste importantíssimo monumento legislativo processual do mundo moderno) um sistema de *oralidade mitigada* pela *fiel documentação* da prova («*protocolização*») pelo princípio da *motivação* da decisão de facto e pelo *recurso desta decisão* (com a possibilidade de *renovação* ou até de produção de *novas provas* em segunda instância), para assegurar o respeito pelos referidos princípios da *motivação* e da *oralidade*, no seu principal objectivo (ou consequência prática) de garantir a *imediação* do juiz com a prova (cf. os §§ 207, 208, 213, 265 e 280,

tinua a obter sobretudo no presente século, um retumbante êxito prático e político-legislativo com a sua incessante e cada

os §§ 414 e 417, n.º 4 e os §§ 468, 482 e 488 da Z. P. O. austríaca de 1895, respectivamente, preceitos estes também já citados *supra*, 99-104). — Importando mesmo observar que, por estranho que isso pareça, este famoso autor, nos mencionados e notáveis trabalhos preparatórios deste mesmo Código — os seus célebres e hoje raríssimos *Erläuternde Bemerkungen* publicados nos «*Materialien*» zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen ed. da Commissionsverlag der Manzschén k. u. k. Hof—Verlag — u. Universitäts Buchhandlung — sustentou vigorosamente a opinião: — de que a oralidade é «um inimigo perigoso se se aceita como um formalismo» (cf. apud FAIRÉN, cit. *El Proyecto de la Ordenanza procesal civil austriaca visto por FRANZ KLEIN*, na *Rev. Der. Proc.*, Madrid 1950, ano VI, n.º 1, 6 10 ss. e 21); — que «se abstém do culto da oralidade» e por isso «esta deve desaparecer quando as suas vantagens sejam superadas pelos inconvenientes que pudesse representar para uma boa resolução do litígio» (*Ibidem*, 10 s.); — que «com o fim de evitar tais inconvenientes impôs no seu Projecto o princípio da concentração, completado por uma minuciosa regulamentação da protocolização (documentação) de tudo o tratado nos debates orais» (*Ibidem*, 13); — que «o estudo da protocolização dos debates orais constitui uma das maiores preocupações de KLEIN como pode ver-se pela extensão com que nos seus *Erläuternde Bemerkungen* a trata» (*Ibidem*, 14); — e que, finalmente, se tivesse que encaminhar-se para uma solução extrema, lhe parecia preferível a adopção de um processo *todo escrito* do que dum processo *todo oral* (cit. *Erläuternde Bemerkungen, Materialien*, v. I, Viena 1897, 193 e 270 ss.: — posto que «a moderna visão social do processo conduz a uma ingerência efectiva e eficaz do juiz na descoberta da verdade material» e a uma «nova concretização de todo o princípio da oralidade, que na realidade se mantém como um elemento necessário de um qualquer processo civil» mas que «seria erroneamente considerado um fim próprio, tratando-se antes de um meio para um fim». (*Ibidem*, v. I, 740 ss.).

E tudo isto, a despeito de o nosso legislador ter peremptoriamente afirmado, quer no aludido Relatório do Decreto n.º 21 694 (embora de

vez mais acentuada consagração nas mais recentes e progressivas legislações processuais, nomeadamente europeias e ame-

modo indirecto) quer, sobretudo, nos trabalhos preparatórios do Código de 1939, que KLEIN era *partidário ácidido da oralidade pura*.

Com efeito, no citado Relatório, o legislador processual português apontou como exemplo típico do sistema de oralidade (pura) então introduzido em Portugal a «*experiência alheia*» (que tributou de «*definitiva*»), traduzida em toda a longa série de Códigos e de Projectos legislativos estrangeiros nesse mesmo Relatório enumerados: — entre os quais precisamente destacou a Z. P. O. austríaca de 1895, da autoria de KLEIN que, segundo afirmava, «*acabou com o processo escrito*» (...) «*instituinto o processo oral no juízo civil*»; mas esclarecendo do mesmo passo que «*esta mesma lei (austríaca) tem por fonte a lei germânica, mas que aproveitando a experiência*» desta última lei «*realizou a oralidade ainda mais rigorosamente*» do que ela (cf. Relatório cit., na também já cit. Colectânea *Processo Civil e Comercial*, de J. A. DE MOURA, Coimbra 1933, 140).

Por sua vez, na discussão do artigo 582.º do Projecto de ALBERTO DOS REIS de 1936 — o qual, muito embora consagrasse em princípio o sistema da oralidade pura, todavia atribuía às partes a faculdade de *optarem* pela discussão escrita (instrução com depoimentos escritos) se «*nisso acordarem e o juiz o julgar conveniente em atenção à natureza e circunstâncias da causa*» — o nosso operoso e ilustre Ministro da Justiça do tempo, MANUEL RODRIGUES (que também promulgara como é sabido o mencionado Dec. n.º 21 694 de 1932), depois de ouvir o resultado da votação da Comissão Revisora a que presidia — e que se pronunciou no sentido de se consagrar no futuro código o regime preceituado no citado artigo 582.º do Projecto de A. DOS REIS — mostra-se tão profundamente persuadido de ter interpretado correctamente naquele aludido Decreto o pensamento genuíno da oralidade austríaca de KLEIN e da própria oralidade germânica da Z. P. O. de 1877 (e até da Reforma de 1924), que faz as seguintes e categóricas afirmações que chegam ao ponto de envolver um *dramático* propósito de demissão do seu alto cargo de Ministro, se aquele projectado preceito viesse a ser adoptado na futura legislação.

Assim, o mencionado e ilustre legislador do Código de 1939 começa

ricanas do nosso tempo) — a orientação oposta, que inte-

por afirmar: — que «através de todos os estudos que fez, da vida dos tribunais que prescudou em sua maior minúcia, radicou bem fundo a convicção de que a discussão oral produz muito melhor resultado do que a escrita»; — e recorda a esse propósito que «em 1923 ou 1924 os alemães pretenderam reformar o processo; mas que no Congresso dos Advogados foi pedido que da Comissão encarregada da reforma não fizesse parte nenhum professor de direito a não ser STEIN para que se não adoptasse a discussão escrita»; — mais recordando que «na Austria, KLEIN introduziu também a *oralidade absoluta proibindo expressamente a forma escrita*» no processo; e acrescentando de seguida, em face deste duplo e famoso (mas adulterado) exemplo histórico-positivo das legislações processuais modernas que, como já sublinhara no Relatório do Decreto n.º 21 694, há pouco aludido, «a *experiência dá a todos o conhecimento seguro* de que a discussão escrita é prejudicial à justiça». — Daí o anúncio e o protesto formal e veemente da sua firme resolução de que «nestas condições jamais apresentaria ao Governo um projecto» que contivesse o citado art. 582.º, dado que este preceito «constitui de facto a *inutilização da oralidade*».

E remata as suas vibrantes (e na aparência algo persuasivas) considerações a este mesmo propósito, em termos que não só evidenciam a grande força de convicção de que se achava possuído ao definir o sistema de oralidade consagrada na lei portuguesa, na base de uma tão inexacta e precipitada interpretação da *verdadeira essência* da oralidade germânica e austríaca invocada como fonte legislativa da nossa; — como sublinham ainda o desejo e o firme propósito de nem sequer deixar o seu nome de legislador ligado ao futuro Código, se ele não adoptasse o sistema de *oralidade pura* erroneamente atribuído às duas supramencionadas legislações, designadamente à legislação austríaca apontada como directa expressão do pensamento oralista de KLEIN; — E neste explícito sentido o nosso então Ministro da Justiça declarou muito louvavelmente: — Que «sabe bem servir e por isso entende que os trabalhos do Código de Processo Civil devem continuar, continuando a revisão que se vem fazendo»; — Que «todavia, quando estiver pronto, outro Ministro, a quem cederá o seu lugar o apresentará ao Governo»; — pois — acentua por último — «não impedirá que seja publicado, visto

gra o sistema dispositivo tradicional, continua a ter por si,

que é de reconhecida utilidade, obra indispensável mesmo, mas não conterà a sua assinatura (cf. neste sentido as *Actas da Comissão Revisora* do referido Código — *Acta n.º 25*, de 14 de Dezembro de 1937, publicada na *Rev. Ord. Adv.*, ano 7.º, 1947, n.ºs 3 e 4, 362 donde respigamos as transcrições que se deixam feitas).

Cumprindo também e ainda salientar que esta errónea interpretação do pensamento de KLEIN por parte do nosso legislador de 1939 criou justificadamente e radicou na doutrina portuguesa a falsa, generalizada e profunda convicção de que o sistema de *oralidade pura* adoptado em Portugal era *cópia fiel* da oralidade austríaca, germânica e chiovendiana, como decorre, entre muitos outros autores, de CAMPOS COSTA (já citada *Para uma melhor organização da oralidade em Portugal*, na *Rev. dos Trib.*, ano 74.º, 134, nota 1), de BARBOSA DE MAGALHÃES, também citada *Aparência e Realidade no novo Código de Processo Civil*, publicado nos *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Lisboa 1940, I, 319, e, finalmente, de SILVA E SOUSA, vogal-secretário da mencionada Comissão de reforma processual, no seu *Relatório sobre o Capítulo da discussão e julgamento da causa* (arts. 571.º a 583.º), também publicado na cit. *Rev. Ord. Adv.*, ano de 1942, 115 ss.

Afirmando explicitamente o primeiro destes autores (ao procurar definir no seu mencionado e então momentoso estudo o «traço característico» do «regime do processo oral») que a princípio supunha que «a diferença entre o processo oral e o escrito residia na circunstância de, no processo escrito, ser imprescindível a redução a escrito de todos os meios de prova, enquanto no processo oral já não era necessário consignar-se nos autos o resultado da prova produzida»; e que «é esta, de resto, a ideia que entre nós e em todos os sectores se encontra largamente difundida» (*o. c.*, 134). — Informando de seguida que «no entanto, e por muito estranho que isso pareça, sobretudo se se atender ao significado do termo oralidade, não é a redução a escrito da prova que caracteriza o processo escrito, dado que o processo oral pode também não dispensar essa redução a escrito»; e declarando, por último, em termos para nós muito lisongeiros e extremamente generosos, que fomos nós, através dos resultados das nossas indagações sobre este importante

pelo menos em certos domínios, (e por vezes até com ten-

e então actualíssimo tema da oralidade (revelados sobretudo na nossa citada *Comunicação* ao «IV Congresso da União Nacional», «quem primeiramente chamou (a sua) atenção para este facto», e «quem (lhe) forneceu o esquema central das ideias constantes» desse seu aludido estudo «que constituem novidade» (cfr. *o. c.*, 134, nota 1) — neste como noutros importantes aspectos nele versados, designadamente no tocante ao princípio da motivação das sentenças de facto.

E sublinhando por seu turno BARBOSA DE MAGALHÃES que «por agora (ou seja em 1940) é inoportuna a discussão» sobre «o discutido princípio da oralidade»; porque «os seus partidários não precisam de pugnar por ela, visto que ela já está vitoriosa; e também «aos seus adversários não vale a pena agora combatê-la, porque, de momento, nada podem conseguir se não ser apodados de *saudosistas*, como no Brasil, de *nudistas* como na Itália, ou de *botas de elástico* em calção português». Ponderando de seguida o mesmo ilustre autor que «a uns e outros convém que mais algum tempo de experiência possa mostrar melhor as suas vantagens ou os seus inconvenientes».

Mas onde BARBOSA DE MAGALHÃES ainda mais nitidamente revela a sua forte convicção de que o sistema de oralidade pura entre nós introduzido pelo Dec. n.º 21694 em 1932 e mantido pelo Código de 1939 *correspondia rigorosamente* aos modelos legislativos estrangeiros invocados pelo Ministro MANUEL RODRIGUES, (designadamente os citados sistemas germânico e austríaco de KLEIN, também propugnados, como é de todos sabido, em Itália por CHIOVENDA), é nas passagens que a seguir se transcrevem:

«Aos seus adversários direi ainda», (refere impressivamente o autor agora em foco: — «a oralidade está na moda, e a moda é um *facto* e contra *factos* não há argumentos». Acrescentando que «todos gostam de ter *factos à moda...*»; e que «o processo é um *fato*, que deve andar *à moda...*» (*o. c.*, 319).

Ora, sendo certo, como é sabido, que BARBOSA DE MAGALHÃES foi um dos membros mais categorizados, dinâmicos e combativos da *Comissão Revisora* do Código de 1939 (que para mais votou a favor do cit. art. 582.º do projecto de Alberto dos Reis), para nós não oferece a menor dúvida que no seio daquela referida Comissão se tomou por *rigorosa*

dência para a adopção de algumas manifestações típicas da

expressão da verdade o lapso de legislação comparada do ilustre Ministro que à mesma presidia: segundo o qual a «moda» do processo oral do tempo — sobretudo austríaco e alemão — era a *oralidade pura*. — Tanto mais que sendo, como já se frisou, BARBOSA DE MAGALHÃES um dos seis membros da mencionada *Comissão Revisora* que votou a favor do cit. artigo 582.º do *Projecto de A. dos Reis*, — e, consequentemente, *contra o sistema de oralidade pura* que acabou por triunfar também no Código de 1939, em virtude, sobretudo, da firme e dramática atitude tomada pelo então Ministro da Justiça ao protestar o seu decidido propósito de se demitir do seu alto cargo, nos peremptórios termos acima reproduzidos (posto que, além do aludido Ministro, apenas dois outros membros da referida comissão votaram contra o cit. art. 582.º) — supomos ser fácil avaliar a fortíssima reacção que este autorizado jurisconsulto teria oposto ao regime propugnado pelo aludido Ministro se se tivesse apercebido do *profundo lapso* em que aquele quase inexplicavelmente incorreu, arrastando atrás de si toda a Comissão Revisora. Ou, por outras palavras: — se na altura estivesse (ou tivesse sido) informado de que o regime de oralidade pura que ele supunha obedecer aos rigorosos moldes do mais recente figurino da moda processual do tempo, não fora até então (nem jamais o foi até hoje, que o saibamos) adoptado por *nenhuma das legislações modernas, sem excluir* as apontadas quer no *Relatório* do Decreto n.º 21 694, quer nas considerações produzidas em volta da discussão do artigo 582.º do *Projecto de A. dos Reis* em apreço.

Mas também o já mencionado vogal-secretário da Comissão Revisora, SILVA E SOUSA, incorreu no mesmo erro de confundir o genuíno sistema da *oralidade mitigada* germânica e austríaca de KLEIN e CHIOVENDA com a visão da oralidade pura propugnada pelo Ministro do tempo, com base na inexacta interpretação daquelas mesmas citadas legislações e autores.

E assim é que, depois de especificar, com base no conhecido estudo do jurista brasileiro FRANCISCO MORATO (*Discurso pronunciado no Congresso nacional de Direito Judiciário do Rio de Janeiro de 1936 e publicado na Rev. Fac. Dir. de S. Paulo, XXXII, 295-296 e na já citada «Colectânea da Revista Forense» Processo Oral, Rio de Janeiro 1940,*

sua *modalidade extrema*), diminuta mas muito categorizada

130 ss.): — que «o espírito e a tradição latina é pela oralidade»; que esta é o sistema das Nações e Cortes de alta cultura»; e que «se observa na Austria, na França, na Inglaterra, na Alemanha, nos Estados Unidos, no Japão, em Genebra, em Berna, em Zurique, na Basileia, em Budapeste, em Praga»; — e depois de salientar que MIGUEL Y ROMERO também «constata que pelo caminho da oralidade marcham as correntes modernas, tanto legislativas como doutrinárias» — sublinha explicitamente que «este facto é apontado pelo Ilustre Presidente desta Comissão, no douto Relatório que precede o Decreto n.º 21 694»: — precisamente o supramencionado *Relatório* do Ministro MANUEL RODRIGUES.

Quer dizer: também SILVA E SOUSA acreditou cegamente que os vários sistemas legislativos aludidos pelo nosso legislador processual de 1932 no indicado *Relatório* do Decreto n.º 21 694 consagravam o sistema da *oralidade pura*; — sendo, porém, certo que *todos eles — sem excepção* — como oportunamente procurámos demonstrar (cf. *supra*, 89-116 e notas 80-134, *passim*) consagravam, pelo contrário, o sistema da *oralidade mitigada* pela documentação da prova e renovação da instrução em segunda instância, abertamente propugnado (como frisámos no começo desta nota) por KLEIN, pela Z. P. O. alemã de 1877 e por CHIOVENDA.

E é também algo curioso observar que a força de convicção criada pelo lapso assinalado é tão *viva e enleante* que SILVA E SOUSA cita e transcreve também a favor da sua concepção da oralidade pura, além das indicadas legislações e autores, numerosos outros processualistas, como CHIOVENDA, KISCH, BORDEAUX, GARÇONET, CESAR BRU e MALATESTA, todos inegavelmente partidários confessos da oralidade mitigada. — Pois que o citado autor foca, fundamentalmente, nesses autores o aspecto específico da *oralidade-imediação* por todos eles abertamente perfilhado; — mas, induzido pelo indicado *erro de perspectiva* criado entre nós pelo aludido Decreto n.º 21 694, nem sequer repara que todos esses autores *adoptam explicitamente* nas suas obras um sistema de *minuciosa documentação da prova*.

Mas deve ainda sublinhar-se que a nossa algo recente Reforma processual de 1961 já *tentou louvavelmente reparar*, pelo menos em parte, um outro dos mencionados graves defeitos que vinham da legislação anterior, dando importante passo de restaurar no nosso sistema

falange de adeptos, que baseiam a sua resistência às novas

legislativo (pelo menos, como *afirmação de princípio*), o importantíssimo e *transcendente* dever ou princípio da *motivação* das sentenças em matéria de facto; — o que, sem dúvida, pode *atenuar* (pelo menos, teoricamente e em alguma medida) o principal dos também já apontados inconvenientes do vicioso sistema de *oralidade pura*, entre nós vigente há mais de três décadas: — inconveniente esse que consiste em se permitir aos juizes, como vimos e todos reconhecem (cf. *supra*, nota 14), decidirem por vezes em *aberta contradição* com a prova produzida e emergente dos autos, procurando ajustar a decisão da *questão de facto* à solução que, no plano jurídico e moral (e no seu foro íntimo) se lhes afigure a mais justa e razoável. — Mas que deixava como é óbvio as partes *inteiramente desprotegidas* contra os possíveis erros ou arbitrariedades do julgamento, não só em matéria de facto, mas até de direito, por força do já apontado e tão invectivado sistema de *inversão* do raciocínio judicial (que assim *partia da conclusão para as premissas*). — E pena foi que, entre aquilo que de bom já se fez nas citadas últimas Reformas de 1961, quer no domínio da reestruturação e aperfeiçoamento de alguns aspectos do mecanismo do processo, sobretudo com a solene formulação do *dever de motivação* das sentenças de facto e da *declaração de voto* (mesmo também em matéria de facto), como *limite e directiva* fundamental do sistema de *livre apreciação* da prova; quer (e de modo especial) em matéria de organização judiciária, com o reconhecimento oficial da *necessidade de aumentar* o número de juizes e de tribunais (cf. as já expressivas concretizações práticas desta alta directiva técnica e político-jurídica) — pena foi, repetimos, que se não tivesse regressado ainda inteiramente ao genuíno sistema de *oralidade mitigada*, preconizado por KLEIN e CHIOVENDA e pela generalidade dos autores e legisladores dos dois últimos séculos (como referimos, *supra*, 87-116 e notas), fiel e prudentemente seguidos pelo Decreto n.º 12 253 de 1926, e ainda hoje praticado, segundo pensamos e já procurámos demonstrar (vid. *supra*, *ibidem*), em todos os sistemas processuais dos mais conhecidos e progressivos países do nosso tempo: — ou que, pelo menos (posto não podermos de modo nenhum ignorar nem subestimar as sérias dificuldades humanas, técnicas e porventura até financeiras a defrontar presentemente em tal empreendimento) se

ideias e princípios e a sua fiel ortodoxia dogmática a favor daquele pensamento tradicional *dispositivo-individualístico* em

não tivesse proclamado e programado a urgente necessidade de um regresso, porventura lento mas gradual e progressivo, a esse sistema de oralidade ainda hoje seguido em todo o mundo.

— Dado que o mencionado *princípio* ou *dever de motivação*, sendo em si mesmo um dos mais altos, senão o mais alto e transcendente dos princípios do direito processual moderno (só porventura superado, como referimos, pelo *dever de persuasão* que está na base do moderno conceito de conciliação como *arbitragem de equidade não vinculativa*), todavia, sem o complemento da fiel e minuciosa *documentação* da prova (ainda que tão-só, e como *mínimo dos mínimos*, na sentença final), que permita reconstituir e conhecer rigorosamente as *bases objectivas* do raciocínio lógico do juiz, e sem o *recurso* da decisão de facto (que permita por sua vez *corrigir* os possíveis erros e vícios desse raciocínio), tal princípio fica grandemente *diminuído*, se não mesmo quase totalmente neutralizado e *inoperante* no terreno prático, nas suas notáveis quanto louváveis potencialidades de *máxima garantia* judiciária dos litigantes nos sistemas jurisdicionais do mundo contemporâneo.

Por último, também quanto à alusão do nosso legislador de 1939 ao que se passava na Alemanha em 1923 e em 1924 há, segundo pensamos, forte desvirtuação da orientação do sistema de oralidade nesse movimento preconizado.

Com efeito, o debate que então se travava naquele país não era entre a adopção da *oralidade pura* em face de um processo *puramente escrito* ou de uma oralidade meramente *mitigada*; era sim, pelo contrário, entre este último conceito de oralidade, consagrado na Z. P. O. de 1877 então vigente, e o processo *exclusivamente escrito* que certas correntes doutrinárias pretendiam introduzir na nova legislação processual, e que chegou a ganhar manifesta e significativa consagração na Reforma de 13 de Fevereiro de 1924, quer na faculdade atribuída às partes de preferirem o processo escrito à oralidade mitigada, quer na criação do juiz único (*Einzelrichter*) com funções preparatórias e instrutórias, conhecido precedente do juiz instrutor italiano e do *juge*

uma das três seguintes ordens de razões fundamentais, que

chargé francês que envolve, como todos reconhecem, certa quebra do sistema da oralidade-imediação.

De resto esta solução obedece, de certa maneira, à campanha que por esse tempo desenvolviam vários autores alemães contra o princípio da oralidade (que se entendia não dever ser considerado como *dogma inviolável*, nem dever ser exagerada pelos excessos do que também se considerava o «fanatismo da oralidade» (*mundlichkeites Fanatismus*) — cf. neste sentido o escrito *I processualisti tedeschi contro le recenti riforme del processo civile*, na *Rev. Dir. Proc. Civ.*, 1924, 368, 370 ss. — Cumprindo ainda acrescentar que, se bem que a Associação dos Advogados alemã se opusesse à orientação seguida pelas novas reformas em referência, todavia, também apenas as visavam na medida em que advogavam o regresso ao princípio tradicional do direito comum de uma instrução *exclusivamente escrita*; mas não se opunham à manutenção do sistema de *oralidade mitigada* da Z. P. O. de 1877, nem propugnavam em caso algum segundo cremos, a adopção dum sistema de *oralidade pura*. (Cf. *ibidem*, 371; e também em sentido paralelo o escrito de HEINSHEIMER, *La nuova legge processuale tedesca nell'applicazione pratica*, cit. *Riv.*, 1924, 212 e ss.).

E diga-se desde já num parêntesis que o caso deste lapso doutrinal e de legislação comparada é de si tão sério e singular que envolve uma forte advertência e uma grande lição a meditar no plano da nossa futura política legislativa processual e judiciária em geral: — pois mostra os graves riscos a que se expõe quem, ao pretender seguir um modelo legislativo estrangeiro como base de renovação do direito nacional, não procure antes e acima de tudo começar por conhecer com todo o possível rigor, pelo menos, o teor e alcance dos preceitos legais em que se estruturam os institutos que se querem adoptar como base ou fonte daquela mesma referida renovação. — Devendo ainda salientar-se, por mera curiosidade, que, ao que supomos, a entrada do primeiro (e talvez único) exemplar da Ordenação Processual Civil austríaca de 1895, no nosso país só se verificou em 1956: — a despeito de em 1932 e 1937 ter sido como vimos *pretensamente imitada* pelo nosso legislador na momentosa matéria da oralidade. — Trata-se da 11.^a ed. da *Zivilprozessordnung und Jurisdiktionsnorm* publicada por F. STAGEL e E. MICH-

em certa medida colidem com alguns dos deveres que acima se deixam enunciados ⁽¹⁹²⁾.

Em primeiro lugar, na valorização técnica ou lógico-abstracta deste último sistema, que, como tal, aos olhos de muitos autores de incontestável autoridade, passa ainda hoje por constituir (como também já sublinhámos no nosso citado estudo *Atendibilidade de factos não alegados*) ⁽¹⁹³⁾ um «delicadíssimo e engenhoso mecanismo» técnico-sistemático ⁽¹⁹⁴⁾ capaz de realizar, com decidida vantagem sobre qualquer outro, os indicados fins publicísticos e inquisitórios da *verdade material* ou *objectiva* e da *justiça substancial* que se deixaram

LMAYR na *Manzsche Ausgabe der Österreichischen Gesetze (Grosse Ausgabe)* vol. 6 — *Die Zivilprozessordnung*, Viena 1954, pp. 350-1157, *Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung* — que naquele ano de 1956 lográmos adquirir por intermédio da Embaixada da Austria em Portugal, a fim de a podermos utilizar com inteira segurança na elaboração na nossa já citada Comunicação ao IV Congresso da União Nacional sobre o também já indicado título de *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo*.

⁽¹⁹²⁾ Ao sublinharmos no texto algumas manifestações típicas do princípio dispositivo extremo aludimos fundamentalmente à consequência já assinalada na nossa *Atendibilidade* (pp. 99 ss., 102 nota 1 e nota 4) de ser *lícito* às partes *mentirem* no processo, sem incorrerem em má fé processual.

⁽¹⁹³⁾ Vid. *o. c.*, 140 ss., 143 nota 2, 147 nota.

⁽¹⁹⁴⁾ Vid. abertamente neste sentido CALAMANDREI no já citado *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. Il Ministro della Giustizia sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile* — *Pubblicazione della R. Università delli Studi di Firenze*, v. XIII, Casa editora Poligrafica Universitaria — Florença 1937 (p. 102) e no também já citado *Abolizione del processo civile?*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1938, 339, em que chega a falar no «admirável sistema de indagação que é na fase instrutória o princípio dispositivo».

enunciados: dado que, quer pelo melhor conhecimento que as partes têm da realidade da situação extraprocessual controvertida, quer pelo seu maior interesse e estímulo em a revelarem ao tribunal e em demonstrarem a falsidade ou inconsistência das alegações de facto e de direito produzidas pelo adversário, é do *livre jogo* desta contraposição de interesses que a verdade acaba por se revelar a plena luz no âmbito dos processos judiciais.

Por outro lado (e precisamente no tocante às *garantias da imparcialidade*), em ter um dos primeiros e mais notáveis especialistas italianos do tema em análise — LIEBMAN — sustentado muito recentemente ⁽¹⁹⁵⁾ que o princípio dispositivo resultou renovado e revigorado na legislação processual italiana de 1940 (a despeito do seu inegável *pendor* publicístico e inquisitório em matéria instrutória): — pela tendência por esta legislação abertamente revelada para assegurar psicologicamente o bem precioso da *imparcialidade* e da *neutralidade* do juiz na instrução e decisão da causa, mantendo-o *equidistante* em face das posições contrapostas das partes, quando nas matérias de interesse e ordem pública os poderes instrutórios de promover e colaborar na averiguação da verdade são confiados não ao próprio juiz da causa mas ao Ministério Público. — O que teria, aliás, forte atinência e imediata repercussão sobre a feição geral *paternalística* e *publicística* do instituto da conciliação judicial moderna, que imprime a esta última a natureza peculiar de uma autêntica *arbitragem de equidade* (embora *não vinculativa*); posto que o referido autor chega a afirmar, contra a opinião corrente em Itália

⁽¹⁹⁵⁾ No seu muito citado escrito *Fondamento del principio dispositivo*, publicado na *Riv. Dir. Proc.*, I, 1960, 558 ss.

entre a generalidade dos autores modernos⁽¹⁹⁶⁾, que aquele mencionado pendor (*paternalístico*), que em substância «atenuaria a diferença entre a função jurisdicional e a função administrativa, não merece nenhum encorajamento»⁽¹⁹⁷⁾.

Por último, e fundamentalmente, nas fortes *atenuações e limitações* que o princípio basilar da verdade material parece ter necessariamente de sofrer, em face da influência (decisiva) que mesmo em alguns dos sistemas positivos de inspiração publicística e inquisitória a vontade das partes continua a exercer sobre a elaboração do resultado dos processos, modelando, precisamente por actos de *disposição negocial e volitiva* (directa ou indirectamente) o *conteúdo* das sentenças judiciais⁽¹⁹⁸⁾: — a ponto de se ter já chegado a afirmar que o próprio *dever de dizer a verdade* (imposto aos litigantes pelas mais modernas legislações, como uma das mais vibrantes expressões do princípio da *verdade material* no processo), não tem, quer dogmática, quer praticamente, nenhum significado útil num sistema em que se legitimam os acordos transaccionais nos processos e se incrementa até a composição amigável dos litígios judiciais⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. *infra*, Parte II, Cap. I.

⁽¹⁹⁷⁾ Vid. autor e *o. c.*, n.º 9, p. 564.

⁽¹⁹⁸⁾ Daí, um certo e relativamente recente florescimento na doutrina alemã e italiana da própria noção e denominação de *negócio jurídico processual*. Vid., por todos, neste sentido, entre os autores alemães, WACH, «Das Geständniss», *Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. LXIV (1881), 283 ss.; e entre os autores italianos, A. COSTA, *Contributo a la teoria dei negozi giuridici processuali*, Bolonha 1921, *passim*.

⁽¹⁹⁹⁾ Assim, CALOGERO, num seu sugestivo estudo intitulado *Probità, lealtà, veridicità nel Processo Civile* (in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 129 ss.), elaborado sobre este melindroso tema, e pretendendo contrapor

11. Ora, procurando focar em especial os dois últimos aspectos, que mais directamente interessam à plena clarifi-

o dever de *veracidade* ao dever de *lealdade* ou de *probidade* consagrado no art. 29.º do *Projecto definitivo* do Ministro SOLMI (de que proveio o art. 88.º do Código Italiano de 1940), chega a admitir uma consequência muito próxima da mais significativa e mais frisante expressão daquela modalidade dum sistema processual tipicamente dispositivo — que na nossa já mencionada *Atendibilidade* designámos por princípio dispositivo «extremo» (cf. *o. c.*, 95-113); ou seja, o *poder de mentir* no processo, pelo menos bilateralmente (quando essa mentira seja confessada — ou não contestada — pela parte contrária ou adversária), como expressão inevitável da sua *liberdade de disposição* negocial sobre o conteúdo do processo, do seu direito de defesa e de livre disposição e determinação da sua conduta processual. — Referindo a este propósito, entre outras muitas coisas dignas de registo:

— que o «dolo bilateral não é na verdade mais do que a normal exteriorização daquele princípio dispositivo que opera no processo civil, enquanto as afirmações concordes das partes são sem mais *a verdade do juiz*» (*o. c.*, 141);

— que se bem que no novo Código processual italiano sejam reconhecidos ao juiz determinados *poderes relativos* à averiguação dos factos (aludindo ao art. 158.º do *Projecto Preliminar* e aos arts. 31.º e 167.º do *Projecto Definitivo* — bases dos actuais arts. 117.º, 175.º e 183.º do Código de 1940), será ao mesmo tempo reafirmado que ele não pode decidir além dos limites do pedido (art. 5.º do *Projecto Definitivo* e 4.º do primeiro *Projecto*); e que, portanto, a própria faculdade de interrogar as partes e de ordenar averiguações no sentido dos supracitados preceitos, terá de se considerar *limitada* aos factos a respeito dos quais as partes estão em desacordo»: — em consequência do que, «em todo aquele âmbito em que tiverem *comum interesse* em limitar a visão do juiz ou em orientar de certo modo o seu olhar, continuarão a fazer da sua *verdade convencional*, a *verdade obrigatória* do próprio juiz» (*o. c.*, 142);

— que não poderá ser punida uma das partes por virtude de uma afirmação não verídica por ela produzida em juízo, *antes de se saber* se a outra parte a *aceitará* ou *contestará*, ou seja, por uma não veridi-

cação e dilucidação do problema posto, cumpre sublinhar quanto ao penúltimo: — que se bem que os mencionados actos

cidade que não se sabe ainda se está para ser *bilateral* ou *unilateral*, quer dizer, *uso legítimo do poder dispositivo* ou *infracção do dever de lealdade*» (*ibidem*, 150);

— que sob o império da norma dos citados arts. 26.º e 29.º dos Projectos em referência e art. 88.º do Código actual não poderá nunca cair a afirmação *in facto* da parte que o juiz saiba mentirosa pela sua *ciência privada* ou por averiguação realizada no uso dos *novos poderes (probatórios)* atribuídos pelo citado art. 167.º do Projecto definitivo, antes que tal afirmação seja contestada pela parte contrária: — e assim, *só esta contestação deverá* (onde domine exclusivamente o princípio dispositivo) autorizar o juiz, tanto a servir-se dos supra-mencionados poderes, quanto a declarar a infracção da obrigação de veracidade — lealdade (*ibidem*, 149).

— e, por último, reportando-se à posição assumida por CALAMANDREI neste mesmo debate no *Parecer da Faculdade de Direito de Florença* sobre o citado *Projecto Preliminar Solmi*, CALOGERO reproduz um sugestivo argumento daquele autor, que assenta na impossibilidade de conciliar o dever de dizer a verdade com a força probatória plena da confissão judicial mantida naquele mencionado Projecto: — argumento segundo o qual da aplicação indiscriminada da obrigação de veracidade nasceria o *absurdo* de que «a confissão contrária à verdade deveria ao mesmo tempo ser acreditada como prova legal e punida como declaração falsa» (cf. *o. c.*, 151; e *o. c.*, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile*, Florença 1937, 101).

Mas importa esclarecer que todas estas razões são hoje fortemente contestadas pela melhor e mais recente doutrina italiana e alemã, como claramente decorre, entre outros, do excelente e já citado estudo de CAPPELLETTI (*La testimonianza della parte nel sistema della oralità*, Primeira parte, Milão 1962), no qual explicitamente se afirma que «o fenómeno da parte que confessa conscientemente coisa falsa, ou o das partes que de acordo recorrem ao juramento com o fim de vincular o juiz a pôr como base da sentença uma situação de facto não verdadeira, não tanto ou não só se apresenta como o limitado

de disposição negocial, que integram, como se sabe e começou por se aludir, o conceito clássico de autocomposição dos conflitos jurídicos ⁽²⁰⁰⁾ de interesses ou litígios judiciais (actuais ou meramente potenciais), e representam efectivamente na dogmática dispositiva tradicional (como acabou de referir-se vagamente nos números antecedentes), a mais alta expressão da influência da vontade privada no processo (como sua última forma juridicamente relevante de actuação prática) ⁽²⁰¹⁾, sejam, em princípio, susceptíveis de assumir no plano da *nova*

fenómeno de uma confissão ou de um juramento tendo natureza dispositiva antes que informativa, quanto precisamente como o mais vasto fenómeno de *abuso* da instituição processual» (o. c., Parte I, 404); — da mesma sorte se salientando que, «em tal caso», o juiz não ficará vinculado ao juramento ou à confissão, não tanto porque possa ter conta da sua natureza ou função não informativa, quanto porque possa considerar o próprio pedido (ou excepção), como não admissível «ou», como não fundado *por carência de interesse*, «pois que» o processo (à parte os casos de sentenças constitutivas) não pode servir, com conhecimento do juiz, para «fabricar novas relações jurídicas», mas antes para «certificar e actuar relações pré-constituídas ou para certificar (*acertare*) que não foram constituídas» (o. c., 406 ss.; citando também CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 312, e quanto à confissão, *Principii*, 817). — Vid. no mesmo sentido da aplicação do conceito de abuso (*Missbrauch*) do processo e das instituições judiciárias, o mencionado CAPPELLETTI (o. c., 406 nota 21); e sobre a não vinculação do juiz às confissões de factos *impossíveis* ou *notòriamente não verdadeiros*, os numerosos e categorizados autores citados na nota das pp. 104-105.

⁽²⁰⁰⁾ Conceito que na técnica processualística dos meios de *autocomposição* ou *composição amigável das lides* (nomeadamente a arbitragem) se contrapõe à noção de conflitos de interesse meramente económicos. Vid. por todos neste sentido CARRESI, *La transazione* cit., 15 ss. e VALSECCHI, *La transazione* cit., 141, e notas 2 e 3.

⁽²⁰¹⁾ Vid. *infra*, nota seguinte.

dogmática publicística, segundo pensamos, uma configuração e significação profundamente diversas,—pela via de um *reajustamento* aos novos esquemas da referida dogmática, já tentado, aliás, com resultados técnico-sistemáticos e até político-legislativos algo significativos e relevantes, em relação a institutos processuais afins como a confissão, o juramento de parte, a simulação processual, etc. ⁽²⁰²⁾ —; todavia, enquanto tal reajus-

⁽²⁰²⁾ Vid. por todos, numa primeira tentativa de harmonizar o conceito da confissão judicial com a nova orientação publicística do processo moderno, entre os autores alemães,—HELLWIG (*Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Otto Gierke*, II, Breslau 1910, 43 ss.—*apud* COSTA, *o. c.*, 5 nota 5 *passim*) e BÜLLOW (*Das Geständnisrecht*, Friburgo 1899); e entre os italianos DIANA (*La confessione giudiziale nel processo civile*, Turim 1901), procurando adoptar em Itália a concepção de BÜLLOW sobre a natureza de *declaração de verdade* ou *de ciência* da confissão judicial (cf. também COSTA, *o. c.*, 58).

Devendo contudo frisar-se que, quer por influência da citada orientação publicística do processo sobre os institutos em análise, quer por uma mais profunda reelaboração da teoria dos negócios declarativos, há hoje numerosos autores quer italianos, quer alemães, quer franceses que tendem a atribuir à confissão a natureza de *simples meio de prova não plena* (ou mera declaração de ciência) susceptível de prova em contrário (cf. entre nós MANUEL ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil* cit., 1956, 225, 227, 229 e 233 e a nossa *Atendibilidade*, 87 nota 1); e que mesmo a doutrina alemã, que em certa medida forjou a categoria dogmática do negócio certificativo (para que a confissão extrajudicial não fosse considerada um simples indício), através da figura do *reconhecimento* e da *promessa abstracta de dívida*, manifesta hoje forte tendência para a converter em simples figura de *abstracção processual* com a consequência clássica da *inversão do ónus da prova*. — Vid. por todos, em relação à mais recente elaboração doutrinal italiana e alemã deste importante instituto e seu enquadramento na teoria do negócio certificativo no sentido indicado (de fenómeno *meramente processual* ou *probatório*), CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, última e recentíssima edição, Morano Editora,

tamento se não levar a efeito com êxito, de um modo completo, racional e sistemático, também neste domínio dos meios gerais

sem data, 294 e nota 49, 295 nota 50, 301, 302 e 305; e quanto à evolução do *juramento* e da *confissão* em idêntico sentido e com fundamentos essencialmente semelhantes, vid., além de CARIOTA-FERRARA (*o. c.*, 302 e 305) e em especial: ALLORIO (*Il giuramento della parte*, Milão 1937, 43, 121 ss. e 156 ss.); a nossa *Abolição do juramento de parte e prescrições de curto prazo no moderno direito processual português*, Coimbra 1946, n.ºs 13, 14, 15, 16 e 17, pp. 33 ss., 39 e 41 ss.; e muito recentemente CAPPELLETTI (*o. e loc. cit.*, na nota anterior) e DENTI (já citada *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, na *Riv. Dir. Proc.*, I, 1965, 31 ss.); VOLKMAR (*o. c.*, 284 ss.); RÄTZ (*Grundsätze eines neuen Zivilprozessrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1935, 141, cit. por LUIGI FERRARA, *o. c.*, 187); BERNHARDT (*Wahrheitspflicht*, 1406) e MOTULSKY (*Le role respectif du juge et des parties dans l'allegation des faits*, in *Études de droit contemporain*, II, Paris 1959, 354 e 145). — Merecendo particular destaque a exaustiva demonstração de CAPPELLETTI no sentido de que na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Suíça, na Alemanha Ocidental, na Áustria, etc., o juramento «já não é vinculante» e a «confissão sofreu um radical processo de atenuação» (*o. c.*, I, 402 ss.), operando-se assim a «transformação destes dois institutos de *provas formais* em meios de prova *livremente avaliados pelo juiz*» (*o. c.*, 402 nota 12); e merecendo igualmente ser posta em evidência a razão marcadamente publicística com que alguns autores fundamentam a referida transformação. Assim, o mencionado BERNHARDT (*o. c.*) sublinha que «a confissão é uma *declaração de saber* dirigida ao juiz sobre a verdade de um facto, não uma *declaração de vontade* dirigida ao adversário, mediante a qual a parte possa constituir as próprias relações jurídicas»; pois que «se durante o curso do processo as partes *querem mudar* o conteúdo das suas relações podem muito bem fazê-lo: — a mutação deve porém verificar-se de maneira *aberta e reconhecível* pelo juiz e não já por uma inadmissível *maneira indirecta*, submetendo ao juiz uma situação de *facto fictícia*»; — concluindo, impressivamente, que «*não é para estas manipulações que existe um juiz*» (autor cit., apud. CAPPELLETTI, *o. c.*, 405 nota 19); — ideia

de resolução convencional ou composição amigável dos processos e litígios em geral (e não o foi ainda, que o saibamos, em qualquer doutrina ou sistema legislativo afim do nosso) ⁽²⁰³⁾, a forte e na aparência irremovível colisão lógico-dogmática resultante de se manterem no seio dos sistemas de base inqui-

também sublinhada por CARNELUTTI (*Rappresentanza processuale volontaria*, 637) ao referir a este mesmo propósito que «há um *interesse público*, não um interesse privado, em que o juiz *saiba como se passam as coisas*»; mas sem dúvida que a mais impressiva das formulações do conceito e da linha de orientação que acaba de destacar-se é a já referida e sugestiva afirmação de NIKISH (*o. c.*, §§ 50, II, 7 e 67, II, 1, pp. 196 e 263, respectivamente), segundo a qual as confissões de facto *impossíveis* ou *notoriamente inexistentes* não são vinculativas porque de contrário seria «*tomar o juiz por tolo*» (vid. no mesmo sentido MANUEL ANDRADE, *o. ult. c.*, 237, nota 3).

⁽²⁰³⁾ Cumpre, todavia, acentuar que o vigente direito processual russo (e o da maior parte dos países da esfera de influência soviética), bem como os processos inquisitórios típicos consagrados em certas outras legislações (nomeadamente no período do nazismo alemão e do fascismo italiano), aboliram totalmente (pelo menos no seu alcance prático e técnico) os negócios processuais como actos de *pura disposição material* do conteúdo do processo. — Esta, uma flagrante concretização histórica da tese que nos propomos sustentar neste estudo, no sentido de que o aumento dos poderes do juiz, expressão duma *nova forma de equilíbrio* entre os princípios da autoridade estadual e da liberdade individual, com manifesta prevalência do primeiro princípio (cf. nossa cit. *Atendibilidade*, 121 nota 1, 130 ss., 137 ss. e 153 ss.), há-de necessariamente repercutir-se sobre todas as actividades processuais que na teoria dispositiva tradicional traduziam o pensamento contrário (nomeadamente, os negócios processuais de *feição dispositiva*).

Só que os sistemas indicados talvez não nos possam servir inteiramente de modelo para o apontado e indispensável reajustamento a efectuar no nosso direito e nos demais sistemas de pendor inquisitório moderado. — Uma vez que o sistema legislativo processual soviético

sitória (como sucedeu, aliás, no nosso próprio direito positivo a partir de 1926, como acima referimos), estas tão salientes

e afins, como sistemas inquisitórios *extremos* que são, (como também já sublinhámos na nossa *Atendibilidade*, 147 e nota 2 e ss., para a qual nos permitimos remeter o leitor, e *infra* Parte II, Cap. III) podiam ser lógicamente impelidos (como em grande parte o foram) à medida drástica da *total abolição* dos negócios jurídicos processuais (*ibidem*, 124 texto e nota 1), sem tentarem sequer uma reelaboração lógico-sistemática dos mesmos. — Todavia, em relação aos sistemas inquisitórios *moderados*, como é o nosso, a ausência daquele extremismo não pode deixar de conduzir à ideia da *manutenção* (e não da total abolição) desses mesmos negócios; embora tenham de revestir *feição muito diversa* da dos negócios processuais na sua configuração dispositiva tradicional. — Sendo também de notar, como já se referiu e melhor se verá oportunamente (vid. cit. Cap. III), que em alguns dos sistemas de influência soviética, em consequência do tal ou qual cruzamento de princípios básicos diversos, em que sobressaem elementos da tradição dispositiva (do processo liberal e individualístico tradicional), o princípio inquisitório por eles consagrado reveste também feição moderada, o que conseqüentemente imprime aos negócios processuais uma configuração dessa mesma índole, não conduzindo à sua pura e radical abolição.

E é além do mais e desde já de sublinhar que a manutenção destes mesmos negócios processuais em qualquer sistema jurídico (embora com natureza essencialmente *declarativa* e sujeita ao *controle substancial* do juiz), tem o alto alcance, por um lado, de permitir *ajustar* pela forma mais *rápida, económica e simples* a solução da causa às realidades vivas e concretas do mundo do direito que nela palpitam. — Pois ninguém poderá certamente negar a vantagem da confissão ou do reconhecimento, quando o direito *é certo*, ou pelo menos *fortemente verossímil* num determinado sentido. — E também ninguém deixará de reconhecer o interesse da conciliação, quando o conflito é estridente e de *difícil previsão* nos seus resultados, ou quando *é quase evidente* de que lado está a razão.

O interesse da *justiça ideal* ou *persuasiva* que quanto a nós constitui, como já frisámos no texto (*supra*, 64, 129, 138 ss., 145 nota 203 e 151) e melhor veremos de seguida (*infra*, 168, 193-197, 202-211 e Parte II,

quão vigorosas manifestações tradicionais do pensamento dispositivo, é susceptível de fazer reacender, sob este primeiro prisma extremamente delicado e da maior acuidade, o debate fundamental acerca do predomínio de um ou de outro sistema no processo civil moderno: — e já acentuámos, e melhor veremos de seguida, como sem sair dos quadros e esquemas clássicos da teoria geral do direito civil e processual civil, se põe a descoberto em relação ao instituto dos negócios processuais (e da conciliação em especial) dum forma imediata e simples (embora algo estridente) o nervo de toda a questão — aludindo à culminante contraposição dos dois possíveis tipos de controle (*formal* ou *substancial*) que o juiz poderia e deveria exercer em relação a estes mesmos negócios, designadamente através da tentativa oficiosa de conciliação.

Mas não pode deixar também de se reconhecer que as objecções ou reparos de LIEBMAN, a terem cabimento, seriam de molde a criar os mais sérios embaraços aos também mencionados e importantes princípios ou *deveres de lealdade*, de *clarificação* e de *cooperação* do juiz com as partes, nos quais se apoia uma das correntes fundamentais da concepção jurisdicionalista da conciliação judicial moderna: — a qual dá neste ponto particular acentuação ao princípio da *imedição* no exercício da actividade jurisdicional do Estado, princípio

Cap. III), a razão de ser transcendente destes institutos, parece que terá lugar assegurado num qualquer sistema legislativo que se interesse por cultivar os verdadeiros sentimentos da *justiça*, da *paz* e da *harmonia da vida social*. — Todas estas situações são descritas por alguns autores como altamente merecedoras de solução conciliatória, por se entender que a sua condução e resolução pelas vias judiciais redundaria em «estéril litigiosidade» (vid. GRANDI, *Relazione* cit., 19, REDENTI, *Sul nuovo progetto* cit., 6-7 e vários dos deputados das Cortes de 1822 *Diário* cit., 123 ss., todos referidos *infra*, 225 s. notas 294-295 e 227).

este que num outro seu importante e já citado estudo ⁽²⁰⁴⁾ o próprio LIEBMAN reconheceu como principal factor ou condição do êxito prático deste instituto nos sistemas processuais modernos. — Posto que é a atmosfera de lealdade, de sinceridade e de plena clarificação da situação controvertida que mais pode contribuir para predispor as partes a compreenderem e aceitarem as sugestões conciliatórias do juiz, baseadas na sua autoridade e imparcialidade e no seu rigoroso conhecimento dos termos do litígio; — e até no seu «*sábio sentimento de equidade, educado, como refere GRANDI, pelo exercício do seu nobre ministério*» ⁽²⁰⁵⁾.

12. Cumprindo, todavia, ainda salientar em relação à opinião de LIEBMAN que este conhecido processualista, se bem que distinga, com inegável oportunidade e rigor sistemático, o princípio *acusatório e dispositivo*, por um lado, (como expressão do poder de iniciativa instrutória atribuída às partes ou ao Ministério Público, tomado como parte), e o princípio *inquisitório*, por outro, (em que aquela iniciativa é confiada fundamentalmente ao Juiz), induz manifestamente o leitor em erro quando aponta o Código italiano de 1940 (reportando-se ao n.º 14 do *Relatório* do Ministro GRANDI) como um sistema fundamentalmente assente naquele primeiro termo do binómio (ou seja, no sistema *dispositivo e acusatório*). Pois que, não obstante o referido *Relatório* ter declarado expressamente no n.º 13 que se mantinha no essencial a linha dispositiva do

⁽²⁰⁴⁾ Aludimos ao já mencionado estudo *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1932, 260 ss.

⁽²⁰⁵⁾ Vid. cit. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, publicada na edição oficial do *Codice di Procedura Civile*, do Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1942, n.º 8, 19.

processo tradicional, como projecção do direito subjectivo privado no processo em geral (o que o próprio LIEBMAN atribui, com muitos outros autores, «à necessidade, ditada pelas condições políticas do tempo, de se apelar aos supremos princípios para evitar uma excessiva ingerência dos órgãos públicos no desenvolvimento do processo civil»), não pode esquecer-se que em outros passos, (porventura mais explícitos e directamente concernentes ao tema da delimitação dos poderes do juiz no processo), o legislador italiano não só alude abertamente ao «reforço dos poderes do juiz para a direcção do processo» (título do próprio n.º 12 do *Relatório* em análise), como uma das directivas fundamentais da nova legislação processual e expressão do «renovado conceito de dignidade e de autoridade do Estado fascista» (na linha da tendência geral de todas as legislações de inspiração austríaca e alemã — e mais remotamente prussiana ⁽²⁰⁶⁾ — tão reiterada e vinicamente exaltada em Itália pelos mais famosos e directos responsáveis pela elaboração daquela mesma legislação, a começar por CHIOVENDA, MORTARA, REDENTI, CARNELUTTI, SOLMI) como põe em relevo, num minucioso e exaustivo exame da actividade específica do juiz em matéria instrutória, os amplos poderes inquisitórios que de um modo geral o moderno Código de Processo Civil italiano lhe quis atribuir:

Assim é que (no já citado n.º 12) fala da «posição activa e dominante que ele é chamado a assumir ainda na fase instrutória»; e no n.º 29, sob o título de «O sistema das provas», refere, entre outros, o poder de interrogatório das partes (*Fragepflicht*), o poder de chamar officiosamente a depor pessoas a que alguma das testemunhas se tenha referido (art. 257.º) e de poder dirigir às testemunhas todas as per-

⁽²⁰⁶⁾ Vid. *supra*, 75 nota 70, 88, 90 e *infra*, Parte II, Cap. III.

guntas essenciais para a descoberta da verdade (art. 253.º) ⁽²⁰⁷⁾ e o princípio da prova livre «conexo com a *acrescida importância do princípio inquisitório sobre o princípio dispositivo* e com a aumentada confiança que o legislador deposita na sabedoria e no sentido de responsabilidade do juiz» (*Relatório cit.*, n.º 29, p. 68); podendo até pensar-se (se bem que o mencionado n.º 14 do *Relatório* em referência possa, pela sua imprecisão e aparente colisão com os n.ºs 13 e 29, inculcar neste ponto, à primeira vista, a interpretação de LIEBMAN) que a preocupação de assegurar a *imparcialidade* do juiz e evitar o perigo de este se *apaixonar* (e *prevenir*) por uma dada posição perante a causa, tenha particular cabimento num processo sobre questões de interesse público: — porque em tais processos o juiz, como representante do Estado, estaria, em princípio, particularmente interessado no triunfo da pretensão que correspondesse ao interesse deste último.

Razão que, todavia, já não podia, quanto a nós, transplantar-se pura e simplesmente para os processos privados em geral; — pelo que, nestes, o legislador não levantou qualquer dificuldade à actividade instrutória directa e ampla do juiz.

E de resto, se fosse o perigo de parcialidade do julgamento que estivesse na base da intervenção do Ministério Público nos processos de interesse público em geral, — determinando

⁽²⁰⁷⁾ Poderes estes também consagrados nos nossos dois últimos sistemas processuais positivos (arts. 265.º e 524.º do Código de 1939 e 265.º e 520.º do Código de Processo vigente), e que no seu conjunto traduzem, na expressiva síntese de CABRAL DE MONCADA, «um dos mais revolucionários princípios» dos nossos sistemas de base publicística e inquisitória: — «o dever cívico de colaboração com a justiça» (vid. *o. c.*, 39). — E vid. também CONFORTI, que no seu vibrante escrito *Codice rivoluzionario* (in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1941, 14-24) aponta estes preceitos como dos mais progressivos do Código de Processo italiano de 1940.

a sua intervenção e o cerceamento dos poderes inquisitórios do juiz —, mal se compreenderia que aquela mesma medida se não adoptasse nos processos dessa mesma índole perante os pretores e os conciliadores, em relação aos quais, por funcionarem como juízes únicos (*singulares*), o *perigo da parcialidade* se tornaria porventura ainda mais de temer.

Se bem que não subestimemos, com LIEBMAN⁽²⁰⁸⁾, a seriedade e gravidade dos problemas que o reforço da função do Ministério Público no Código de Processo italiano de 1940 suscita, e igualmente entendamos que a defesa da imparcialidade do juiz esteja também em alguma medida na base do sistema do juiz instrutor italiano, pode admitir-se que o legislador deste país fosse levado a essa solução, não só pela já apontada razão (negativa) de evitar o maior perigo de quebra dessa mesma imparcialidade nas causas de interesse e ordem pública, como ainda e fundamentalmente porque nessas causas, sendo menor o interesse das partes, como explicitamente se refere no começo do n.º 14 do citado *Relatório*), importa que o processo seja em larga medida desvinculado da iniciativa daquelas, se não se quer que a autonomia individual, limitada e suprimida pelas leis substanciais, «renasça das próprias cinzas através do processo»⁽²⁰⁹⁾.

Quer isto dizer que o M. P. agiria aqui não em colaboração mas de certo modo em *contraposição* com o interesse das partes; — não do lado destas últimas, mas do *lado do juiz*: — e daí que o *Relatório* em análise fale explicitamente em «princípio inquisitório nas causas de ordem pública em relação com os aumentados poderes do M. P.»⁽²¹⁰⁾.

(208) Vid. *o. c.*, nas páginas antecedentes.

(209) Vid. *Relatório cit.*, 31.

(210) *Ibidem*.

O que poderia explicar-se, quanto a nós, com o facto de faltar aqui a *força impulsionadora* do próprio interesse das partes para a descoberta da verdade extraprocessual ou substancial, que está na base dos sistemas *mistos* adoptados pela generalidade das legislações processuais modernas, em que o princípio dispositivo, como mero princípio *técnico* ou de *oportunidade* ⁽²¹¹⁾, se conjuga com o princípio inquisitório: pois que, como aquele estímulo em princípio falta, reforça-se este último princípio, pondo *ao lado* do juiz um auxiliar idóneo e *verdadeiramente interessado* na justa decisão da causa, o qual lhe dará assim aquela decisiva colaboração e cooperação que ele em princípio e em geral, (nas causas de mero interesse privado), recebe das próprias partes.

13. Ora é sobre o debate suscitado por ambas estas dificuldades, mas de um modo especial pela primeira, que particularmente importa ainda e uma vez mais insistir; e agora com maior detalhe, não só para se poder completar a visão e apreender toda a vastidão e importância das *múltiplas conexões* do problema dos *negócios processuais* com o dos *poderes e deveres do juiz*, como para de um modo particular captar e definir, com relativa nitidez de contornos, as linhas de pensamento que desprendendo-se daquele conjunto de conexões, podem no plano lógico-nacional e político-legislativo conduzir à sua solução tanto quanto possível satisfatória; cumprindo também e de um modo especial focar o aspecto há pouco mencionado dos deveres de *verdade*, de *lealdade*, de *cooperação* e sobretudo de *persuasão*, implícitos na função

(211) Cf. a nossa cit. *Atendibilidade*, 140 ss.; CASTRO MENDES, *Do conceito de prova* cit., 157 e CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* cit., in *Studi in onore di Enrico Redenti*, 760 texto e nota 149 e 763 texto e nota 156.

específica e transcendente (do ponto de vista ético-social e jurídico-político) dos próprios e apontados fins do *debate* ou *imediação conciliatória*.

Prossigamos, pois, (ainda que de algum modo venhamos a incorrer, quanto a este primeiro ponto, em pecha de repetição) pela necessidade ou, pelo menos, pela conveniência que julgamos haver, no ponto de vista da sequência da exposição, em recapitular e melhor esclarecer algumas das delicadas noções básicas acima delineadas.

14. Admitida genérica e quase axiomáticamente na teoria geral dos actos jurídicos (e em especial dos actos do processo), a mencionada categoria dos *negócios jurídicos processuais* no sentido acima indicado de declarações de vontade de natureza declarativa, constitutiva ou modificativa, com *eficácia resolutive* do conteúdo do processo, isto é, com alcance *equivalente* ao das sentenças judiciais⁽²¹²⁾ (caso julgado, retroactividade, meios de impugnação restrita, etc., etc.) que a seu tempo será aprofundada e apreciada; — e mantidas, como se afirmou, (ou até em certa medida *revigoradas*) na maioria das mais modernas leis processuais de pendor publicístico e inquisitório algumas das mais salientes manifestações clássicas dessa cate-

(²¹²) E daí as impressivas designações correntes na doutrina de: «equivalentes jurisdicionais ou contratuais da sentença» (CARNELUTTI), «resolução convencional ou contratual do processo» (LIEBMAN), «negócios jurídicos declarativos ou certificativos» (STOLFI, GIORGIANNI, CORRADO, ASCARELLI, PUCCINI), «negócios sub-rogados da sentença judicial» (UNGER, *o. c.*, 180; SAVIGNY, *Sistema*, trad. Scialoia, Turim 1886-1889, VII, 7 ss., apud PUCCINI, *o. c.*, 10 texto e nota 20 ss.); PAUL, *Der Vergleich im Zivilprozess*, Leipzig 1898, apud COSTA, *o. c.*, 6 nota e LIEBMAN, *o. c.*, 272; TRÖLTSCH, *Der Prozessvergleich im geltend Recht*, Erlangen, 34 ss. e PLANK, *Lehrbuch*, I, 305 ss., apud COSTA, *o. c.*, 6 nota e 113 nota 1).

goria jurídica — é nítida e precisamente o caso, já apontado e em apreço, da larga generalização no seio dos processos modernos da consagração legislativa dos institutos da *transacção* ou *composição extraprocessual* (tanto em sentido técnico, como em sentido amplo) ⁽²¹³⁾, e da *conciliação judicial*

⁽²¹³⁾ Também nas primeiras páginas deste ensaio (*supra*, 2 e 4 nota 3) aludimos à *transacção extraprocessual* e à *conciliação nos autos* como as duas formas mais correntes de composição convencional dos processos, através das quais em geral se concretizava nos nossos tribunais, no período histórico aí referido, a mencionada pressão conciliatória dos juizes sobre os litigantes. — Pois que, umas vezes, os magistrados se limitavam a sugerir às partes a conveniência da conciliação, pondo-se inteiramente *de fora* dos termos concretos em que esta se devia estruturar — o que naturalmente as predispunha a celebrarem por documento autêntico uma transacção notarial que, junta aos autos, o juiz tinha apenas de homologar; — outras, porém, a composição amigável verificava-se no decurso de uma tentativa conciliatória promovida pelo próprio juiz da causa, na presença e com a intervenção mais ou menos activa deste na elaboração dos termos do acordo aceites pelas partes, de tal sorte que o texto integral deste acordo ficava a constar da acta da audiência: pois que, embora o teor verbal dos arts. 305.º e 513.º do Código de Processo de 1939 não fosse tão explícito a este propósito como o actual artigo 300.º n.º 4 do Código de Processo em vigor, era esta a *prática* seguida pelos Tribunais. — Vê-se assim do que acaba de expor-se que o alcance das duas primeiras fórmulas — «transacção ou composição extraprocessual» — não coincide com a fórmula na aparência equivalente de «transacção extrajudicial dos arts. 1711.º e 1712.º do nosso velho Código Civil de 1867 — dado que o caso a que nos reportamos pressupõe, como vimos, a existência de um pleito judicial já *instaurado* (arts. 292.º, 298.º a 303.º e 305.º do Código de Processo de 1939 e 287.º, al. *d*), 293.º a 298.º e 300.º do Código de 1961), pelo que a transacção em referência seria, na tecnologia dos dois citados preceitos do Código Civil de 1867, uma transacção ou composição *judicial* e não extrajudicial.

E cumpre igualmente advertir que a própria expressão «transac-

oficiosa no começo ou no decurso da causa —, tem natural e pleno cabimento a pergunta acima feita quanto a saber: — se,

ção» está aqui utilizada não no sentido puramente *civilístico* definido no art. 1710.º do mesmo referido Código Civil (em estreita correlação com os mencionados arts. 293.º a 305.º e 287.º a 300.º, respectivamente, dos Códigos de Processo de 1939 e de 1961), mas antes na acepção *ampla* (ou *não técnica*) de *autocomposição* ou *composição amigável*, convencional ou contratual dos litígios judiciais, também de há longa data corrente entre os autores, e que como tal abrange também a *confissão* e a *desistência do pedido*.

Quanto à contraposição e delimitação destes dois referidos conceitos (*restrito* ou *técnico* e *amplo*) da transacção, podem ver-se por todos: — em relação à doutrina alemã, o clássico e notável estudo de UNGER sobre o contrato de reconhecimento, publicado na *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, vol. 8.º, Iena 1866, 179 ss., sob o título de *Zur Lehre vom Anekenungsvertrage*, e o mais recente e não menos importante ensaio de KRETSCHMAR acerca da transacção processual, publicado como já aludimos na *Nova série* da mesma *Revista* com a ainda actual designação de *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, v. 33, (ou 69 da *Série* original), Iena 1920, 213 ss., com o título de *Zur Prozessvergleichslehre*; — em relação à doutrina italiana o também valioso e já citado estudo de LIEBMAN (publicado na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1932, 260 ss., sob o título de *Risoluzione convenzionale del processo*), que constitui um dos primeiros e principais da notável floração de escritos monográficos elaborados em Itália a partir da segunda década do presente século, sobre o tema em análise (a transacção ou composição processual); — e, finalmente, no tocante à doutrina francesa, os também já citados e a vários títulos notáveis comentários de DALLOZ (no vol. XLII do *Répertoire*, voc. «Transacção», 638 ss.), de PONT (*Explication du Code Napoléon*, tom. 9, *Des Petits Contrats*, Paris 1867, 219 ss.), de LAURENT (*Principes de Droit Civil*, tom. 28, Paris 1878, 327 ss.) e de GUILLOUARD (*o. c.*, 422), relativos ao contrato de transacção consagrado no art. 2044.º e ss. do Código Civil de Napoleão de 1804.

E quanto à definição e larga generalização no direito processual moderno (sobretudo alemão e italiano) dos conceitos específicos de

em face das referidas tendências publicística e inquisitória, que deixámos fortemente vincadas na nossa já referida *Aten-*

*conciliação e de composição (ou transacção) processual — Prozessvergleich — de elaboração relativamente recente, sobretudo nas duas referidas doutrinas, — podem consultar-se, além dos supramencionados autores alemães e italianos, os muito numerosos e modernos processualistas e civilistas que, sobretudo neste último país, se têm ocupado das figuras e dos institutos em análise e problemas afins: — quer directamente, quer pelo seu enquadramento lógico-sistemático em outras figuras ou institutos mais amplos — como, em especial, o de «autotutela» ou «justiça privada» e de «negócio declarativo ou certificativo» (*accertamento*) ou de «fixação» (*Feststellungsvertrag*), na moderna tecnologia italiana e alemã, respectivamente: figuras e institutos a que oportunamente faremos mais detalhada referência (vid. *infra*, notas 214, pp. 178-180 e 218.*

Assim, nestes múltiplos sentidos podem citar-se, entre outras, as monografias e estudos fundamentais dos seguintes autores:

— COSTA (*Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bolonha 1921, 48 ss., 56 ss., 65 ss., 95, 107 ss., *passim*); STOLFI (*Natura giuridica del negozio di accertamento cit.*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1933, 137 ss.); SATTÀ (*Della conciliazione alla giurisdizione*, na mesma *Rivista* I, 1939, 201 ss.); CARNELUTTI (*Note sull' accertamento negoziale cit.*, ainda na mesma *Rivista*, 1940, 3 ss.); LUCA (*La transazione nel Diritto Canonico*, Roma 1942, 7 ss., 10 ss., 17 nota 9, 23 ss., 115 ss., 118, 181 ss. e 223 ss., *passim*); FERRARA SANTAMARIA (*La Giustizia Privata*, Nápoles 1937, 9 ss., 21, 22 ss., 31 ss., 36 ss., 55 ss., 69, 40, 103 ss., 127 ss., 161 ss., 164, 201 e 208, *passim*); BUTERA (*Delle Transazioni — La definizione dei rapporti incerte*, Turim 1933, 2, 7 ss., 34 ss., 50 ss., 52, 97, 98 ss., e 348 ss.); GIORGIANI (*Il negozio d'accertamento*, Milão 1939, 22 ss., 25, 28 ss., 31 ss., 40 ss., 75 ss., 78, 121, 125 ss. e 172 ss., *passim*); CORRADO (*Il negozio d'accertamento*, Turim 1942, 5 ss., 31 ss., 51 ss., 56, 70, 75, 93, 156 ss., 163 texto e nota 1, 233 ss. e 270 ss., *passim*); VALSECCHI (*Il giuoco e la scommessa — La transazione*, Milão 1954, 142, 144, 1447, 176, 186 ss., 189, 196 ss., 199, 200 nota 17, 201 ss., 208 ss., e 300 ss., *passim*); CARRESI (*La Transazione*², Turim 1956, 18 ss., 40 ss., 47 ss., 51 ss., 70 ss., 79 ss., 84 ss., 104 ss., 115 ss., 123 ss.); PUCCINI (*Con-*

dibilidade, (e para a qual como também salientámos sempre nos sentimos e continuamos a sentir-nos francamente inclina-

tributo allo studio dell' accertamento privato, Milão 1958, 4, 5 nota 7, 6 e ss., 10, 12, 45 ss., 62, 82 ss., 86, 90, 95 nota 381, 105, 109 nota 427, 126 ss., 135, 141 ss., 172 ss., 205 nota 65, 206 ss., 270 e 377 ss., *passim*).

Mas ainda a este propósito das várias acepções (*técnica e ampla*) do conceito de transacção cumpre sublinhar que se bem que haja entre os autores a mais perfeita concordância de pontos de vista quanto ao alcance da primeira acepção (*técnica ou restrita*) da transacção (nos termos que se deixam enunciados, correspondentes à transacção *civilística* das fontes romanas) caracterizada pelo requisito das concessões recíprocas, que lhe atribui a natureza de contrato bilateral ou oneroso, nota-se, pelo contrário, uma relativamente profunda divergência de critérios de orientação na delimitação do conceito *amplo* daquela mesma referida figura jurídica da transacção entre os autores alemães, italianos e franceses, em geral, e em especial os mencionados na presente nota.

Assim, por exemplo, KRETSCHMAR, reportando-se fundamentalmente à mencionada doutrina do direito comum (e sublinhando bem explicitamente que ao conceito amplo de transacção não é essencial a reciprocidade de concessões ou de sacrifícios dos pleiteantes) engloba neste último conceito (*amplo*) de transacção as quatro seguintes hipóteses: 1 — a composição amigável dum pleito judicial realizada por *iniciativa e actividade espontânea* dos litigantes; 2 — ou por *influência* de um mediador imparcial que *orienta e coopera* na elaboração do mesmo acordo (hipótese que este autor considera corresponder à natureza da «*amicabilis compositio*» do direito processual romano-canónico); 3 — ou *pela entrega* da resolução da controvérsia à *decisão de árbitros privados* (posto que, segundo o mesmo autor, o compromisso arbitral esteve sempre em estreita correlação com a transacção); 4 — e, finalmente, pela atribuição da solução do litígio à *consciência de uma só das partes*, mediante a estipulação de um contrato de *juramento decisorio* (*Schiedseidvertrag*) — (vid. autor e o. c., p. 217).

Por sua vez UNGER (o. c., 198 ss.), embora não usando de um critério tão lato como o de KRETSCHMAR, no sentido de compreender no referido conceito *amplo* de transacção as duas mencionadas hipóteses da *arbitragem* e da *mediação não vinculativa de um terceiro*, reconduz

dos), é a *vontade* dos particulares (pleiteantes) que continua a poder determinar o conteúdo e sentido das decisões judiciais,

bem claramente a esse mesmo conceito (amplo) de transacção (*Transaction im weiteren Sinne*) os casos bem frisantes do contrato de reconhecimento causal não oneroso e da transacção em sentido estrito (*Transakt im engeren, eigentlichen Sinne*) e o contrato de transacção oneroso (*entgeltlichen Vergleichsvertrag*); por outro, o conceito de «*transactum*» das fontes romanas (em sentido amplo), como *qualquer modo* de terminação (*Beendigung*), composição (*Beilegung*) ou decisão (*Entscheidung*) dos litígios, através da *iniciativa e actividade exclusiva* das partes; e, por último, também a hipótese de juramento decisorio (*Jure jurando transactum negotium*, L. 31 e p. f. D. de jurej. 12.2.L. 21 D. De dolo 4.3) que UNGER sublinha ser designado nas mesmas fontes como «*species transactionis*» (cf. *o. c.*, 198 e 199, nota 22).

Quanto aos autores italianos, LIEBMAN, reportando-se também às fontes romanas, na interpretação que lhes deu DONELLO e com ele a ulterior doutrina, salienta que essas mesmas fontes consagraram ao lado de um significado *estrito de transacção* (com o requisito tradicional das *concessões recíprocas*) um outro significado *mais largo* em que se prescindia daquele requisito. Esclarecendo (até certo ponto em concordância com KRETSCHMAR) que na também já mencionada «*amicabilis compositio*» do processo romano-canónico (que segundo ele constitui o verdadeiro *precedente histórico* da moderna composição processual (*o. c.*, 268), é esta figura *mais ampla* de transacção que se encontra acolhida, por razões práticas e ideológicas que ao citado autor se afiguram evidentes, nomeadamente, o tratar-se de «*matérias espirituais*» nas quais as contratações e as concessões não podiam ser admitidas por deverem ser consideradas «*simonia*». — E este mesmo autor, circunscrevendo assim o conceito amplo de transacção à *moderna composição amigável* (em que se *prescinde* do citado requisito da onerosidade, traduzido nas concessões recíprocas), conclui que, onde as leis italianas falam de «*conciliação*» e de «*composição equitativa*» deve entender-se que se está em presença de um conceito *amplo* de transacção, no qual se devem portanto compreender e sujeitar a uma mesma disciplina todos os acordos das partes em que uma delas reconhece inteiramente a pretensão da outra ou renuncia por completo à

sobrepondo-se eventualmente à opinião (e até à consciência) dos juizes; — ou se, não obstante os acordos bilaterais (ou tri-

própria pretensão» (*ibidem*). — Síntese que reveste, como oportunamente se verá, assinalado interesse para o presente ensaio, por inculcar a nítida *assimilação* ou *aglutinação* (no conceito amplo de transacção que se deixa enunciado) entre a «*composição processual*», a «*conciliação*» e a «*composição amigável*» ou de «*equidade*».

Por último, quanto aos mencionados autores franceses, a delimitação do conceito *amplo* de transacção também pretensamente reconduzido ao direito romano (e a despeito da enorme importância do papel desempenhado pelo direito e pela doutrina francesa dos dois últimos séculos na modelação do actual e transcendente conceito desta figura jurídica da transacção, e do alto significado da sua assimilação com os outros dois referidos conceitos da conciliação e da composição de equidade), tal conceito, repete-se, não tem praticamente *nada de comum* com as noções enunciadas (em sentido *amplo*) por todos os autores que acabam de citar-se — e por numerosos outros autores franceses que a seu tempo se indicarão e apreciarão: — pois não se refere (nem sequer alude) a qualquer dos meios de autocomposição contratual ou mista (directa ou indirecta) dos conflitos jurídicos de interesses actuais ou iminentes, sublinhando tão-sòmente um sentido amplo da expressão transacção, segundo o qual este vocábulo é por vezes utilizado nas fontes romanas com o alcance *vulgar* ou *comum* e um tanto vago (e manifestamente *não técnico*), equivalente à noção *genérica* da transacção como *simplex negócio jurídico* de conteúdo e alcance essencialmente *substancial* ou *económico*; ou seja: como sinónimo de *qualquer convenção* ou *contrato*; — assim se falando da «multiplicidade das *transacções civis*, da utilidade e importância das «*transacções internacionais*» e da celeridade e segredo que exigem as «*transacções comerciais*» (cf. PONT, *o. c.*, 224).

E se bem que os autores franceses indicados manifestem nítida consciência de que o conceito de transacção do art. 2044.º do Código Civil de 1804 não corresponde rigorosamente ao mencionado conceito técnico da transacção do direito romano (que exige, como se referiu já várias vezes, o requisito das *concessões recíprocas*) e propusessem por essa razão a *correção* daquele conceito pela adição duma referência

laterais) dos litigantes (transacção, composição amigável e compromisso) ou a realização e verificação dos actos não

expressa àquele mencionado requisito, cremos não ser inteiramente despropositado admitir que o facto de os dois categorizados autores e inspiradores do supracitado preceito do Código francês de Napoleão (DOMAT e BIGOT) afirmarem explicitamente que o L. 38 do cód. «*De Transactio*» não devia ser interpretado *ao pé da letra*, devendo pelo contrário abranger também a renúncia e o reconhecimento da acção (o que já correspondia em grande parte ao aludido conceito *amplo* dos autores alemães e italianos), esse simples facto pode de algum modo, pelo menos, justificar que os referidos autores franceses se não tivessem dado perfeita conta de que o conceito legal de transacção do referido Código francês de Napoleão era já em boa parte, dogmáticamente, um conceito *amplo* (e não meramente *técnico* ou estrito de transacção) em face do direito romano. — E que por essa razão a sua atenção fosse desviada para uma *outra acepção romanística* do vocábulo transacção que não coincide com a do artigo 2044.º, por inteiramente alheia à natureza específica dessa figura jurídica em qualquer dos seus sentidos tradicionais, como modo de composição privada dos litígios judiciais: — assim se caindo no conceito *vulgar e latíssimo* que acima deixamos assinalado.

E cremos que este vício de formulação do problema é sobremaneira nítido e frisante em DALLOZ (cit. *Répertoire*, vol. XLII, 1861, 638). — Dado que este autor, depois de acentuar que a palavra transacção tem um sentido *restrito* e um sentido *amplo*, refere explicitamente que nesta última acepção o mencionado vocábulo «é empregue para designar as estipulações que põem fim a um processo começado ou previnem um processo na iminência de nascer (*Litigis jam motis et pendentibus, seu postea movendis*)»; — afirmando do mesmo passo «ser neste sentido que o direito romano (L. 1D De trans.; L. 38 C. De trans.; L. úl. C. De transact.) e o Código de Napoleão entenderam a palavra transacção». — Ora, em face, por um lado, da omissão de qualquer alusão à exigência das concessões recíprocas, e, por outro, dos termos genéricos em que fala de «estipulações que põem fim a um processo nascido ou por nascer», não será lícito supor que DALLOZ tivesse querido compreender no conceito (que ele chama restrito) de transacção, em face do direito

receptícios unilaterais de idêntico alcance (reconhecimento e renúncia) no âmbito das próprias relações disponíveis, tal conteúdo tem de ser em princípio sempre *preparado* (ou, pelo menos, em larga medida *fiscalizado*) pelo órgão judicial competente, perante o qual decorrem esses negócios processuais (ou que tem interferência na sua *oficialização* ou *homologação*).

15 — Trata-se, pois, como é fácil reconhecer e convém uma vez mais sublinhar (mas agora com maior detalhe), do momento verdadeiramente *culminante* do conflito entre os poderes do juiz e das partes em ordem à consecução dos fins específicos da função jurisdicional civil dentro duma *visão publicística moderna*: — dado que a actividade e a iniciativa de um e de outras são postas nesta formulação, face a face e em termos de tão absoluto antagonismo, que parece ter necessariamente de se decidir pelo predomínio exclusivo dos poderes de uma só destas entidades no âmbito do processo, sem qualquer possibilidade, mesmo longínqua, de compromisso (mais ou menos equilibrado e razoável) com os poderes da outra.

Pois que, se se optar pela primeira alternativa e se fizer prevalecer a vontade negocial (dispositiva ou modificativa) dos litigantes, com eficácia modeladora do conteúdo das sen-

romano e do Código Civil francês, os casos de renúncia e de reconhecimento de acção, que DOMAT e BIGOT abertamente *quiseram incluir* no art. 2044.º do mencionado Código — e que correspondem, efectivamente, ao conceito *amplo* de LIEBMAN e a uma das modalidades que UNGER e KRETSCHMAR reconduzem a este mesmo conceito. — Pelo menos, não pode deixar de concluir-se que a referida formulação é algo *imprecisa* e *confusa*; e de que, portanto, a nossa dúvida de interpretação terá em princípio alguma razão de ser.

tenças judiciais e em plena equivalência funcional com o alcance específico destas, sobre a função normal (jurisdicional e declarativa) do juiz da causa, isso corresponderá praticamente à quase completa *eliminação* ou *neutralização* do princípio inquisitório (ainda que moderado) dos processos modernos, e dos amplos poderes instrutórios e decisórios do juiz em que aquele princípio se analisa — concebidos e estruturados, dentro dos esquemas publicísticos hoje largamente dominantes, com vista à plena realização da alta função de declarar o *direito justo* e fazer triunfar a *verdade material* na administração da justiça por parte dos órgãos judiciários estaduais. — Posto que, já directamente, já pelas fundas conexões e repercussões lógico-sistemáticas que os negócios processuais, naquela descrita configuração, necessariamente teriam de exercer sobre toda a teoria do processo civil (e em especial sobre a estruturação do regime de produção e apreciação do resultado das provas) ⁽²¹⁴⁾, os mencionados poderes

(214) Designadamente através dos chamados *contratos probatórios* (expressos ou tácitos) a que fizemos alusão na nossa citada *Atendibilidade* (108 ss.) e da regulamentação convencional do *onus da prova*, sobretudo mediante a moderna e discutida figura dos *contratos certificativos* (de reconhecimento ou promessa abstracta de dívida) que, no entendimento hoje corrente entre os autores, geram o chamado fenómeno da mera *abstracção processual* com presunção de causa e a consequente *inversão* do referido ónus. E cumpre desde já também salientar que é esta, aliás, uma das correntes de orientação seguidas pela moderna teoria do negócio certificativo, sobretudo na Alemanha, em relação aos negócios processuais: — classificada em geral pela doutrina italiana mais recente como uma das modalidades de pendor dispositivo (e de base processualística); que sendo por via de regra combatida pelos autores como inconciliável com a feição publicística do processo moderno (que como tal exclui, em princípio, que a vontade privada das partes possa interferir na actividade tipicamente jurisdic-

directivos (instrutórios e decisórios) do juiz teriam de ficar exclusivamente *confinados* a certos domínios particulares e

cional da livre apreciação e decisão da matéria de facto), ganhou todavia na mencionada e recente doutrina italiana, e até na nossa recentíssima e altamente progressiva (neste como em vários outros domínios) reforma da legislação civil (art. 458.º do novo Código Civil de 1967), certa expansão e favor lógico-conceitual e dogmático-legislativo. Na medida em que se tenta fugir aos graves inconvenientes que, do ponto de vista da própria averiguação da *verdade material* no processo, necessariamente resultariam da concepção dos negócios processuais que os estruturasse como negócios certificativos de natureza puramente abstracta (em sentido de *abstracção material* ou *absoluta*). Pois que a referida tendência doutrinal visa efectivamente configurar os esquemas típicos do negócio certificativo (os já referidos *reconhecimento* ou *promessa de dívida*, a que muitos autores assimilam também a *confissão*, a *transacção* e *figuras afins*) ou como simples casos de *abstracção processual* (com pura inversão do ónus da prova), ou como hipóteses de *abstracção material (relativa)*, em que, como a outro propósito se sublinhará (*infra*, 253 e nota 233), embora o negócio declarativo seja em princípio tido por válido, mesmo quando o seu conteúdo se afaste da realidade da situação preexistente, todavia, neste caso, a parte eventualmente lesada pode pôr-se a coberto da lesão, socorrendo-se do princípio da *restituição do indevido* — por enriquecimento injusto. Vid., por todos, nestes vários sentidos, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., ed. Morano (sem data), 285, 286 e notas 13 e 14, 288 ss. e em especial 294 e nota 49 e 295 texto e notas 50 e 51; PUCCINI, *o. c.*, 10 nota 21, 14 texto e notas 31 e 32, 15 texto e nota 35 e 86 nota 363; DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, Milão 1948, 130, 140 e 142; CORRADO, *o. c.*, 45, 75 notas 1 e 2, 102 nota 2 e 233 ss.; GIORGIANI, *o. c.*, 111 nota 119, 132 ss., 136, 138, 139 nota 69 e 143 ss.; FURNO, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 90 ss.; PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giurisp. italiana*, 1948, I, cols. 19, 20 e 24; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milão 1946, 309; STOLFI, *o. c.*, 168 ss.; ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito e L'astrattezza dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, 248, 252 ss., 255, 256 nota 3, 257 ss., 260 ss. e 385, 386 e nota 2; e entre nós, com

relativamente secundários da vida do processo (atinentes mais à *forma* do que à *substância* dos litígios) e tão-sòmente poderiam lograr eficácia jurídica verdadeiramente útil e operante *para aquém* das declarações e determinações volitivas das partes em contrário ⁽²¹⁵⁾.

Mas se, diversamente, se der prevalência ao princípio inquisitório, ou melhor, à já indicada função *tutelar e responsável* ⁽²¹⁶⁾ do juiz no âmbito dos próprios acordos privados concernentes ao processo — conferindo-lhe um poder geral de apreciação sobre o *conteúdo* substancial e o *alcance declarativo* dos mesmos acordos — ter-se-á então de alterar profundamente a estrutura tradicional dos negócios processuais, de coloração acentuadamente individualística e contratualística (que remonta como já salientámos ao direito romano e ao direito comum) ⁽²¹⁷⁾, afeiçoando-os, como há pouco se referiu, à mencionada visão publicística e inquisitória do processo civil dos nossos dias. — De tal sorte que, de negócios jurídicos propriamente ditos, com eficácia *constitutiva* ou *modificativa*

largos desenvolvimentos, VAZ SERRA, *Os negócios abstractos — Considerações gerais — Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos* (sep. do *Bol. Min. Just.*, n.º 83), Lisboa 1959, 5 ss., 14, 15 texto e nota 12—2, 25, 31 nota 41, 32 ss., 36, 39 ss., 42, 46 texto e nota 74, e 62 ss.) e GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa 1965, n.º 126, 258-263.

⁽²¹⁵⁾ É o que a concepção (*extrema*) do processo liberal assevera clara e peremptoriamente (como vimos, aliás, na nossa *Atendibilidade*, 97 ss., 100 ss., 105, 106 ss., 108, 109 notas 1 e 2 e 110 nota 1) e alguns autores recentes mais ou menos abertamente insinuam, como decorre dos passos de CALAMANDREI, de CALOGERO e de LIEBMAN abaixo transcritos (vid. *infra*, 00).

⁽²¹⁶⁾ Vid. *supra*, 74-83 e nota 71, pp. 82-83, 129-130 e 168-169 e *infra*, 192-194, 197, 202-207, 209 e 211.

⁽²¹⁷⁾ Vid. *supra*, nota 213, pp. 173-176, *passim*.

(ou ainda *certificativa*, na tecnologia relativamente recente da doutrina alemã e italiana acima referida) ⁽²¹⁸⁾ da *substância* das próprias relações controvertidas, através da modelação do conteúdo das sentenças judiciais que as tiverem por objecto, (e que traduziriam, em último termo, a *máxima exponenciação* da influência da autonomia da vontade privada sobre o processo civil) ⁽²¹⁹⁾, os actos em análise (negócios jurídicos de *âmbito e função processual* ⁽²²⁰⁾), embora de *natureza* substancial *privada* ou *civilística* — e daí a tendência para o conceito de *dupla natureza* expresso em numerosos autores ⁽²²¹⁾,

⁽²¹⁸⁾ Foi, como vimos (e melhor veremos oportunamente), a doutrina alemã, a partir de meados do século passado, que lançou esta nova categoria negocial dos chamados «negócios de fixação» (*Feststellungsgeschäften*), a qual boa parte da doutrina italiana deste século, sobretudo a mais recente, acolheu favoravelmente sob a designação de negócios *certificativos* (*negozi di accertamento*), num sentido que entre nós se pode designar por negócios *declarativos*. (Vid. neste último sentido os autores citados nas notas 147, p. 123 e 213, p. 172.

⁽²¹⁹⁾ Como sustentam os defensores da orientação marcadamente individualística do processo civil que definimos na nossa cit. *Atendibilidade* como sistema (ou princípio) dispositivo *extremo*. Cf. *o. c.*, 94-113.

⁽²²⁰⁾ Vid. por todos COSTA, *o. c.*, *supra*, 172 nota 213 e *infra*, 184, nota 225.

⁽²²¹⁾ Esta uma das concepções do negócio processual em geral que logrou mais larga divulgação na doutrina alemã, sobretudo do século passado; e a que a própria doutrina francesa da transacção, elaborada sobre os Códigos napoleónicos, já trouxera importante contribuição, como decorre do conhecido discurso do Tribuno GILLET ao Corpo Legislativo (na Sessão de 29 do ventoso do ano XII), no qual se sublinha que o carácter distintivo da via da transacção em face da via judiciária e da via do compromisso (arbitragem) reside em que aquela «tem ao mesmo tempo a autoridade duma convenção e de um julgamento e participa da natureza de uma e outro». — Vid. quanto à doutrina alemã, por todos, SIMON, *Die Lehre von Prozessvergleich*, Ber-

converter-se-iam em modalidades *sui generis* de actos processuais *integrados e subordinados* (orgânica ou teològicamente, como já se salientou) ⁽²²²⁾, ao *fim declarativo* ⁽²²³⁾ essencial e específico da função jurisdicional civil, assumindo, concomitantemente, (como tais e nos termos já indicados), além do *efeito* peculiar e específico do *caso julgado*, a natureza essencialmente *declarativa* e as demais características do regime jurídico imanente às sentenças judiciais ⁽²²⁴⁾.

Em síntese, e por outras palavras, a contraposição indicada levaria de novo e mais frisantemente a perguntar: — se são os negócios processuais, na sua feição tradicional *volitiva, dispositiva* ou *constitutiva*, que limitam e restringem os poderes inquisitórios do juiz (o princípio inquisitório do processo), vincando a natureza essencialmente *dispositiva e privatística* do próprio mecanismo da função jurisdicional civil; — ou se é o *princípio inquisitório* que limita e se sobrepõe à referida natureza privatística e dispositiva dos negócios jurídicos em

lim 1911, 23 ss. que fala da existência duma «*dupla vontade*» na composição processual, que como tal explica a *dualidade* de efeitos (civis e processuais) inerentes a este instituto, e KRETSCHMAR, *Der Vergleich im Prozess*, Leipzig 1896, 16, que por sua vez considera a transacção processual como um instituto «*bifronte*» de que derivam efeitos jurídicos materiais e formais, mas substancialmente «*único*», pela unicidade da vontade das partes dirigida ao fim complexo que estas com o mencionado instituto se propõem atingir (ambos citados por COSTA, *o. c.*, 6 nota, e 113 nota 1); — e quanto à transcrita opinião de GILLET, os já citados *Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil*, t. I, Paris 1938, 727.

⁽²²²⁾ Vid. KRETSCHMAR, *o. c.*, 224 ss. e *supra*, 41 e nota 26 e 53 nota 39.

⁽²²³⁾ No sentido e com o alcance já indicados *supra*, 60, nota 47.

⁽²²⁴⁾ Requisitos de validade, motivos e formas de impugnação, natureza de título executivo, retroactividade, etc.

geral (mesmo quando realizados no âmbito do processo), amoldando-os às *novas directivas publicísticas* da actividade jurisdicional do Estado, e imprimindo-lhes por essa razão natureza e alcance essencialmente declarativos (de *equivalentes efectivos e substanciais* da sentença judicial) na apreciação e definição das relações jurídicas controvertidas, segundo a *verdade material*.

16 — Vê-se assim, e uma vez mais, deste novo e simples enunciado, quão profunda, vasta e delicadíssima ordem de questões e conexões a indicada colisão suscita na teoria geral do direito e do processo civil.

Com efeito, e em primeiro lugar, transposta a questão para o terreno da dogmática civilística e processualística dominante, a transformação em referência reconduzir-se-ia, pelo menos nas suas grandes linhas, aos termos de uma contraposição já hoje largamente referida e acolhida na doutrina (embora só muito imprecisamente caracterizada e delimitada quanto ao seu âmbito de aplicação e alcance prático), entre actos de conteúdo ou estrutura volitiva ou *declarações de vontade* (*Willenserklärungen*), que os negócios processuais configurariam na primeira hipótese, e actos não volitivos, *declarações de ciência* ou meramente *confessórias* ou ainda *testemunhais* (*Wissenserklärungen*) que passariam a constituir na segunda: — contraposição que tem até certo ponto paralelismo com a também muito generalizada (embora ainda menos bem definida) oposição entre a concepção que atribui à transacção e aos negócios certificativos em geral eficácia *constitutiva* ou eficácia *meramente declarativa* ⁽²²⁵⁾.

⁽²²⁵⁾ Vid. por todos no sentido desta dupla ordem de contraposições UNGER cit., *Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag* (in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privat-*

Por outro lado, e em segundo lugar, é-se reconduzido àquela outra já anteriormente mencionada contraposição (porventura a mais estridente e significativa de todas dentro desta matéria), entre o juiz só poder exercer (no primeiro caso) em relação aos negócios processuais o apontado controle puramente *formal* (ou *documentador*) de tipo notarial, ou uma apreciação de natureza vincadamente *substancial e jurisdiccionalística*, que assegure (pelo menos *aproximativamente*) ⁽²²⁶⁾, a correspondência desses actos com as relações jurídicas materiais pré-processuais que eles visam definir e disciplinar.

Por outro lado ainda, e finalmente, procurando compendiar numa última síntese o alcance verdadeiramente transcendente da principal projecção desta dupla contraposição (e seus possíveis desenvolvimentos lógicos e sistemáticos) no

rechts, v. 8, 1866, 200 ss.); TRUTTER, *Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte*, Munich 1890, 54 e 63 (*apud* autor e obra a seguir *cits.*, 20 nota 1); COSTA, *cit. Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, 20 nota I, 52, texto e nota 5, 65, 124 ss., 146 ss. e 148 nota 1; PUCCINNI, *o. c.* 10 nota 21, 15, 86 nota 363, 88 nota 366, 110 texto e notas 429 e 433, 111 e 127; CORRADO, *o. c.*, 14 texto e nota 1, 45 ss., nota 1; CARNELUTTI, *Documento e negozio* *cit.*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1926, 181-220, e em especial n.º IV, 184 ss., *La prova civile*, Roma 1915, n.º 28 ss., p. 163 ss. e 2.ª ed., Roma 1947, n.º 28 ss., p. 162, e *Istituzioni* *cit.* I, 277 ss.); CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte* *cit.*, I, 49 texto e nota 1, 396 s. e 398 ss.; GIORGIANNI, *o. c.*, 153, 154 ss.; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici* de G. MESSINA, III, Milão 1948, 8 ss.; PUGLIESE, *Intorno al riconoscimento di debito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, cols. 19 ss e 24; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* *cit.*, 284 e nota 6, 286 nota 13 ss.; e 289 e nota 23 ss.; e entre nós M. ANDRADE, *Noções elementares*, *cit.* Coimbra 1956, 228 ss. e 233.

⁽²²⁶⁾ Vid. o já mencionado e impressionante conceito de KRETSCHMAR expresso na síntese segundo a qual os juizes como conciliadores devem indicar às partes a «posição aproximativa da balança» (*o. c.*, 225 e *supra*, 41-42 e nota 26).

plano da própria definição dos *fins últimos* do processo civil e da função jurisdicional do Estado em geral, todo o debate se resume no fundo a saber se a alta e delicada missão de administrar justiça, assegurando a rigorosa observância da ordem jurídica, tem por finalidade suprema a realização de uma justiça genuinamente *substancial* assente sobre um conceito de «verdade material» que se traduzisse na *plena actuação do direito objectivo*, através da já referida e integral reprodução (naturalística, intelectual ou histórico-reprodutiva) da realidade extraprocessual subjacente ao litígio pelas sentenças judiciais⁽²²⁷⁾; — se uma justiça *puramente formal*, reflexo inevitável quer das múltiplas e já descritas contingências da luta judiciária, decorrentes dos defeitos institucionais do mecanismo processual e da organização dos tribunais (ou até da própria incerteza do direito ou dos factos objecto da causa), quer da decidida preferência que o Estado atribui aos fins da *certeza* e da *paz social* em face dos fins da *verdade* e da *justiça*; — ou se, por último, uma justiça essencialmente *normativa*, que assim se poderia, quanto a nós, conceitualmente designar, (em ordem ao conceito específico de verdade que lhe serviria de base ou «*verdade convencional*») ⁽²²⁸⁾, aquela jus-

(227) Como a definiu CALOGERO, no seu já cit. estudo *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1939, 142.

(228) Fim de justiça e de verdade *substancial, material* ou *objectiva*, muito impressivamente denominado por um autor como fim *ideal, teleológico* ou *metafísico* do processo, em contraposição com o fim de *mera composição* dos litígios, que visa apenas a estabilidade e a *segurança* jurídica resultantes da força do *caso julgado*, e que por isso o mesmo referido autor também sugestivamente designa por fim *prático* ou *empírico* da função processual (GOLDSCHMIDT, *Teoria General del Proceso*, Barcelona 1936, 3) — fim este último que se satisfaz com um conceito de justiça puramente *formal*, como entre outros salienta ROSENFELD, *Der Reichsstrafprozess*, Berlim 1909, (cit. por AUGENTI,

tiça que no fundo apenas reflectisse as relações jurídicas privadas, objecto da acção judicial, modeladas e integradas pela *vontade* (dispositiva ou declarativa) dos particulares: — dado que o princípio da autonomia da vontade negocial privada é de longa data considerado a *lei* ou *norma* dos contratos quando manifestado através das suas já indicadas formas juridicamente relevantes de expressão; — ou seja, em relação ao processo civil, precisamente através dos negócios jurídicos processuais, em sentido *genérico* de actos de *disposição negocial* do conteúdo das relações controvertidas que constituem *objecto dos pleitos judiciais* ⁽²²⁹⁾.

L'onere della prova, Roma 1932, 255, por CASTRO MENDES, *o. c.*, 395 e por FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel Diritto Processuale Italiano*, Milão 1927, 11, nota 2). — Vid., no entretanto, a já referida tendência de alguns autores modernos (citados *supra*, nota 190) para se falar de uma *única verdade* (como CARNELUTTI na sua célebre e já citada síntese «a verdade é como a água: — ou é pura ou não é verdade»); e de outros para reconduzirem o conceito de verdade *formal* ou *legal* à *normal coincidência* da decisão judicial com a verdadeira realidade da situação controvertida (ou verdade *material*) — Cf. neste último sentido, além de ROSENBERG (cit. *Lehrbuch*³, § 63, I, 196), o próprio CARNELUTTI, que explicitamente sustentou que a verdade formal corresponde à verdade material da *média dos casos* (cit. *Prova civile*, Roma 1915, 65), e CALAMANDREI, que por sua vez sublinha que com as próprias regras de prova legal «o Estado se propõe (embora nem sempre o consiga) libertar os juízes de todos aqueles perigos de erro aos quais os historiadores estão sujeitos devido à excessiva elasticidade dos seus métodos»; mas que «o fim permanece igualmente a *procura da verdade*» (Vid. autor cit., *Il Giudice e lo Storico*, também já cit. in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1939, 115 e entre nós CASTRO MENDES (*o c.*, 393 e 399) e um pouco vagamente já a nossa *Atendibilidade* (140, 141 s. e 143 nota 1).

⁽²²⁹⁾ Supomos que esta qualificação de verdade *normativa* ou *convencional* não será de todo descabida, em face, pelo menos, do mencionado conceito de *verdade formal*, corrente em certo sector doutrinal,

17—E se esta tríplice perspectiva já dá uma melhor (ainda que ligeira) ideia da extraordinária importância e delicadeza das questões que a análise e resolução desta contraposição suscita para a definição e elaboração da *teoria dos poderes do juiz* no processo civil moderno (e para a própria determinação dos *fins últimos* e transcendentais das instituições judiciárias), cumpre notar que essa importância sobe de ponto, sobretudo no plano interpretativo e dogmático, se nos reportarmos à posição verdadeiramente central e culminante que a teoria dos negócios jurídicos processuais hoje disfruta na estruturação geral da função jurisdicional civil — com a consagração *quase universal* ⁽²³⁰⁾, (como frisámos no começo

que equivale no fundo a admitir que a sentença possa assentar sobre uma verdade *fingida*, ou seja uma *não-verdade*. — Cfr. por todos GUASP, *últ. o. c.*, 93, e MALATESTA, *A lógica das provas*, trad. Alves de Sá, 2.ª ed., Lisboa 1927, 49-50, ambos também citados por CASTRO MENDES, *o. c.*, 393 e nota 38; e sobre o indicado conceito de verdade *convencional* ou *normativa*, com o alcance e pelas razões indicadas no texto, vid. também a nossa cit. *Atendibilidade*, 164 nota 1. — Cumprindo ainda sublinhar que, em face da supramencionada noção de *verdade formal* como uma *não-verdade*, aquele primeiro conceito (de verdade *convencional* ou *normativa*) sempre teria um certo alcance *positivo*, traduzindo a ideia clássica de que na ampla esfera das relações jurídicas de interesse e ordem puramente privada a vontade dos particulares *domina soberanamente* a vida do Direito, convertendo-se, como se diz no texto, em *lei* ou *norma* dos contratos. — Havendo autores que sublinham o paralelismo e relativa equivalência no plano das *fontes normativas* do Direito entre a *autonomia da vontade* negocial (como *norma particular* do contrato) e a *sentença do juiz* (como *expressão concreta—lex specialis—da norma geral e abstracta*, expressão da função legislativa).

⁽²³⁰⁾ Vid., quanto a este carácter universal dos institutos em análise, por todos, MORTARA (*Commentario cit.*, 2 ss.) e SCAMUZZI (*o. c.*, 39), o primeiro dos quais refere que sendo a conciliação uma instituição «que tem a sua razão de ser na própria natureza do homem, nos seus

deste ensaio e no número antecedente), da já referida figura da *conciliação judicial* da *iniciativa oficiosa* do próprio juiz da causa e a realizar *no decurso desta* — a qual lhe é apontada (ou imposta) pelo legislador moderno como um dos mais altos fins e objectivos do seu nobre ministério⁽²³¹⁾.

Posto que, em face de tal orientação das legislações processuais modernas, (na qual, como vimos, se insere o nosso próprio sistema legislativo, desde, pelo menos, os começos do importante movimento de reformas processuais deste século, iniciado em 1926), a colisão em referência deixa de constituir uma pura «hipótese de escola» ou simples «possibilidade teórico-dogmática» mais ou menos distante das realidades concretas da vida jurídica e apenas latente nos sistemas que desde aquela data nos têm regido (e actualmente nos regem): — por força da coexistência, lado a lado, entre nós como em alguns dos Códigos processuais civis modernos, das várias ordens de preceitos legais de sinais contrários que entre si disputam a solução do problema em debate⁽²³²⁾ — para

vícios e nas suas virtudes» — «não se lhe pode assinalar nenhuma origem», pois é «coeva da humanidade».

(²³¹) Cf. por todos neste sentido PUTZOLU (*o. e l. c., infra* 205 s. e nota 259 e 192 e nota 237) e MARIANO D'AMELIO, que no seu já citado estudo *Le tendenze sociali del nuovo Codice di Procedura Civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1941, 3 ss., acentua que nunca será de mais recomendar ao juiz que se esforce por tentar conciliar as partes no decurso do processo, quando este «plenamente informado da causa, pode agir mais eficazmente», e as partes por sua vez «podem melhor avaliar a conveniência de prolongar uma lide da qual já se adivinha o resultado»; concluindo impressivamente que «será seu título de mérito a conciliação alcançada e maior do que a douta e elegante sentença que teria podido escrever (elaborar) para aquela causa» (*o. c.*, 5).

(²³²) O que reveste, como passaremos em breve a demonstrar, particular acentuação no nosso vigente sistema legislativo; e daria só

passar a assumir um carácter extremamente agudo, verdadeiramente candente e da maior actualidade pelos seus *flagrantes e imediatos reflexos* práticos e dogmáticos no plano da interpretação e delimitação dos poderes do juiz na generalidade dos sistemas jurídico-positivos de feição inquisitória presentemente em vigor, inclusive, portanto, o nosso.

Dado que, se houvesse de atribuir-se aos negócios processuais — que a conciliação judicial moderna compendia e aglutina — a natureza *dispositiva e negocial* implícita na primeira corrente (de base contratualista), o referido comando dado pelos legisladores mais recentes aos juizes, para estes promoverem com a máxima extensão e intensidade as soluções conciliatórias dos litígios judiciais, valeria tanto como ordenar-lhes (depois de lhes traçar e confiar um amplo quadro de poderes e atribuições do mais transcendente alcance teórico e prático, característicos dos sistemas publicísticos e inquisitórios⁽²³³⁾ do nosso tempo), que usassem *na menor medida possível* desses seus amplos poderes, e antes fomentassem com o maior empenho e insistência a celebração de acordos transaccionais, composições amigáveis ou compromissos arbitrais dos litigantes, de feição puramente (ou pelo menos marcadamente) privada. — O que, surpreendentemente (pela sua *evidente contradição* com a linha geral do indicado pensamento publicístico) só poderia traduzir a consagração legislativa da já referida *tese da desconfiança*⁽²³⁴⁾ na função jurisdicional

por si relevante interesse (mas envolveria sérias dificuldades) à tentativa da sua solução.

(²³³) Acerca deste amplo quadro de poderes e atribuições do juiz, quer nos direitos processuais em geral, quer no direito português em particular, vid. a nossa citada *Atendibilidade*, 134, 135 nota 1, 137 nota 1, 145, 171 texto e nota 2.

(²³⁴) Vid. *supra*, 4 ss. nota 4 e 34 ss. e 48.

do Estado, levada ao extremo paradoxismo de serem os próprios juizes (e nos seus processos) as entidades oficiais incumbidas pelos legisladores modernos da delicada e pouca lisonjeira (senão mesmo humilhante) tarefa para um magistrado, de terem de revelar e demonstrar às partes as sérias e fundadas razões dessa desconfiança: — demonstração que seria, como é óbvio, tanto mais eficaz e convincente, quanto mais avolumados e fustigados fossem os defeitos e fracassos da função judiciária, de que eles próprios, como seus *principais executores*, teriam assim de confessar-se e ser considerados os mais directos responsáveis ⁽²³⁵⁾.

Daí que não pudesse deixar de se ver, necessariamente, nesta orientação o aparecimento e revelação de uma forte tendência para *restringir*, por superior directiva legal, a importância do papel social do processo civil e da sua utilização prática — como já, aliás, o haviam feito os mais estrénuos

⁽²³⁵⁾ Em coerência com a sua visão vincadamente negativista (e contratualista) da conciliação judicial, que o levou a combater este instituto no seio da Comissão Revisora do Cód. de Proc. Civil de 1939 (cf. *Rev. Ord. Adv.*, ano 11.º, 1951, n.ºs 3 e 4, 306-321 e em especial 312-315, e *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, I, Lisboa 1940, 56-59), entre outras razões, por o considerar uma mera «aparência de verdade e de justiça» (embora revelando por esta forma não ter captado a verdadeira *essência jurisdicionalística* da moderna corrente doutrinal e legislativa perfilhada por CARNELUTTI, a que, como oportunamente veremos, expressamente se reporta — vid. *Revista cit.*, ano 6.º, n.ºs 3 e 4, 331 e *Estudos cit.*, I, 332) cremos não ter escapado a BARBOSA DE MAGALHÃES o paradoxo a que aludimos no texto. — Com efeito, depois de acentuar que o Código de 1939 «seguindo aqui a moderna corrente doutrinal e legislativa viu na conciliação um elixir maravilhoso, bem preferível à decisão do juiz», sublinha «que é a este que por suprema ironia incumbe empregar esforços para que ela se realize» (cf. já cit. *Aparência e realidade*, nos mesmos mencionados *Estudos*, I, 332).

propugnadores da conciliação preliminar obrigatória instituída pela Constituinte Francesa de 1790, reduzindo-os à visão francamente negativista (e até algum tanto *pejorativa*) de que o recurso aos tribunais deve representar, em face dos meios de autocomposição dos conflitos jurídicos de interesses, sempre e apenas uma *ultima ratio* ⁽²³⁶⁾: — despertando-se e enal-

(236) Pensamento que levou em França a uma experiência verdadeiramente *dramática e quase inacreditável* em matéria de política legislativa processual, traduzida na promulgação pela *Convenção Nacional*, em 3 do Brumário do ano II, de um *célebre Decreto* em que toda a disciplina processual ordinária estava contida em *dezassete artigos*, considerados suficientes para o julgamento das poucas causas cíveis que, em face da criação e grande favor doutrinal e legislativo concedido à tentativa de conciliação preliminar obrigatória perante o juiz de paz, se esperava os tribunais viessem a ter que julgar.

Atestam, porém, os autores da época e posteriores, mesmo não franceses, que foram *tais e tantos* os atropelos à justiça e à paz social cometidos à sombra desse inconcebível *Código Processual de 17 Artigos* — contendo *menos que três páginas* de impressão, como sublinha BELLOT (cf. *o. c.*, 9), — que passados poucos anos da promulgação dessa estranha legislação, o *Consulado* deliberou, por Decreto de 18 do Frutidor do ano VII, a pura e simples reposição em vigor da *Orde nação de 1667* — que os revolucionários franceses tão violentamente tinham atacado e ridicularizado, antes da insólita e amarga experiência que acaba de narrar-se. (Vid. por todos, neste sentido, PIGEAU, *Introduction à la Procédure Civile*, Paris 1811, p. 5 do Prefácio; BELLOT, cit. *Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève*, 1819 avec *l'exposé des motifs*, Genève-Paris 1877, 9 e 74; BONCENNE, *o. c.*, 4-5; LAVIELLE, *Études sur la procédure civile*, Paris 1862, 11); e uma alusão um tanto velada, mas que se nos afigura evidente, de REDENTI a esta mesma elucidativa experiência de política processual no seu já citado estudo *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile*, Pavia 1935, 10, em que este autor refere que «a ilusão característica dos períodos revolucionários destrutivos de poder suprimir os advogados e de pôr no lugar do juiz culto o homem do vulgo, tem sempre naufragado miseravelmente»; —

tecendo-se implicitamente a ideia de uma ilimitada preferência pelas soluções consensuais ou amigáveis dos litígios.

Mas se a conciliação, ao contrário, de algum modo significasse a máxima expansão (e até a *dignificação e sublimação*) ⁽²³⁷⁾ da autoridade e dos poderes jurisdicionais dos juízes, a ponto de estes, nos termos acima indicados, se poderem e deverem imiscuir na elaboração dos acordos processuais dos litigantes, interferindo decisivamente na formação do conteúdo da vontade negocial no âmbito do próprio processo ⁽²³⁸⁾ (por forma a fazê-la quanto possível *coincidir* com a solução legal, mas porventura ainda *melhorada* pelos mais humanos, equilibrados e transcendentais princípios contidos no conceito de *equidade*), então a directiva do legislador seria precisamente a oposta: — de tal sorte que, a ideia de *solução de equidade* que aflora na nossa lei e em certo sector doutrinário francês,

sendo para mais de acrescentar que o mencionado Decreto francês do ano II também suprimiu em França a advocacia. — Aludem também à supracitada ideia de *ultima ratio*, despertando e enaltecendo o pensamento de uma ilimitada preferência pelas soluções convencionais e amigáveis os litígios, TROPLONG, *Traité des transactions* (cit. apud DALLOZ, o. c., XLII, voc. *Transaction*, 638), LESSONA, *I doveri sociali* cit., Turim 1897, 22 e FERRARA SANTAMARIA, cit *La Giustizia Privata*, Nápoles 1937, 37.

⁽²³⁷⁾ Vid. neste sentido as muito impressivas fórmulas de PUTZOLU reproduzidas *infra*, 205 s. e nota 259 e de D'AMELIO (*infra*, nota 260, p. 207).

⁽²³⁸⁾ Acerca desta possível interferência dos juízes na formação dos negócios processuais (bem como na modelação dos próprios negócios privados em geral) não se integrar nos fins específicos da actividade jurisdicional do Estado em vista da realização duma justiça superior, mas significar antes expressão de puro autoritarismo político e social dos tribunais, particularmente acentuado em certos países europeus durante o século XVIII, vid. MEYER, o. c., vol. IV, 287-291 e 293-296 e 375.

italiano e alemão⁽²³⁹⁾, como devendo constituir a *meta ideal* das soluções conciliatórias e transactivas dos conflitos de interesses que constituem objecto dos processos judiciais — só poderia traduzir o alto objectivo da realização de uma *justiça verdadeiramente superior* pelo próprio Estado. — Que como tal postula, em último termo, uma *extensão e valorização* dos poderes do juiz, altamente prestigiante para a dignidade e transcendência ético-social da sua função, no sentido de que

(²³⁹) Vid. em especial: — para o direito francês, além da Circular já referida na nota 27 da p. 44, certas passagens do discurso do tribuno FAURE reproduzidas em PANSEY (*o. c.*, 242); CURASSON (*Compétence des juges de paix*, Prefácio, 13, apud. DALLOZ, *o. c.*, vol. 42, 638) e CUCHE (*Précis de Procédure Civile et Commerciale*, Paris 1937, 38); — para o direito italiano, além do artigo 216 do Projecto de CARNELUTTI de 1926, e de várias alusões deste autor à *equidade*, como requisito da conciliação (*Sistema*, I, 174, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1929, 64, *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, cit. *Riv.*, I, 1934, 289, *Appunti sul procedimento di cognizione secondo il progetto Solmi*, cit. *Riv.*, I, 1937, 273 e *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura civile*, Turim 1937, 119), as referências mais ou menos explícitas e insistentes de numerosos outros autores, além de CARNELUTTI (*últ. locs. cit.*), como MORTARA (*Commentario cit.*, II, 6, 14 e 21); LIEBMAN (*o. c.*, 284); SARACENO (*o. c.*, 213 ss., 215 216, 217 nota 1, 218 e 220); VALSECCHI (*o. c.*, 143 nota 10 e 189); CARRESI (*o. c.*, 108 nota 2 e 112); MARIANO D'AMELIO (cit. *Le tendenze sociali del nuovo Codice di Procedura Civile*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1941, 5, 6, 7 e 10), e por último PUCCINI (*o. c.*, 109 nota 427 e 113 nota 446) e a significativa passagem da já várias vezes citada *Relazione de Grandi* (n.º 8, 18, cit. *supra*, 164 e nota 205); — e para o direito alemão, além de KRETSCHMAR (*o. c.*, 230), também UNGER, o qual, a propósito dos contratos recognitivos (*Anerkennungsvertrag*) — que em sentido genérico correspondem também à transacção em sentido *amplo* ou *conciliação* — fala explicitamente de «sentença aceita» (*moral*), que em princípio significa e traduz «dignidade e equidade» (*Billigen*) — vid. *o. c.*, 181 nota 3.

se lhes confere um papel *activo e responsável* de primordial importância e delicadeza na realização e concretização de uma das mais altas, senão a mais alta aspiração da justiça de todos os tempos e povos, mas especialmente dos tempos modernos: — a já acima referida e transcendente noção da *justiça de equidade* ou *persuasiva* ⁽²⁴⁰⁾. — Mas que, ao mesmo tempo e por outro lado, envolve uma *certa limitação* desses mesmos poderes, traduzida na acentuação da ideia dos *impe- riosos e dignificantes deveres* que igualmente lhes incumbe observar para a plena e efectiva consecução daqueles tão altos objectivos da nobilíssima missão de administrar justiça que lhes é confiada: — e, designadamente, para de nenhum modo *abusarem* desses mesmos poderes em *detrimento dos direitos substanciais e fundamentais dos litigantes*.

E já vimos como neste campo, e olhado deste novo ângulo visual, amplas e novas perspectivas se rasgam para a rigorosa compreensão do problema dos poderes e deveres do juiz no processo moderno. — E aqui, como acaba de referir-se, com particular acentuação para o lado dos *deveres*, quer se perfilhe uma visão essencialmente *dispositiva* ou *contratualista* da conciliação e dos negócios processuais em geral (em que, rigorosamente, *só de deveres* se poderia falar acerca da actividade dos juizes — culminados, neste plano, pelo dever geral de *não obstacular* de qualquer modo a celebração dos negócios processuais por parte dos litigantes ⁽²⁴¹⁾); — quer, e

⁽²⁴⁰⁾ Vid. *supra*, 4 nota 3, 64, 129-131, 151 nota 191, 162 nota 203, 163 e 192 s. e *infra*, 196, 197, 201 ss. 207 e 211, 216 nota 276, 218, 222 s., 235 e 237.

⁽²⁴¹⁾ É altamente elucidativo e significativo, como concretização histórica desta consequência do pensamento dispositivo no direito francês, o preceito consagrado pelo artigo 1.º do título I da Lei de 16-24 de Agosto de 1790 — e integralmente reproduzidos na Constituição do ano II (art. 210.º): — segundo o qual «os legisladores ficariam interditos» de

sobretudo, seguindo a concepção *jurisdicionalística* destes mesmos negócios, no sentido últimamente indicado: — posto

emitir «qualquer preceito que tendesse a diminuir quer o favor quer a eficácia dos compromissos». Este preceito teve, aliás, a maior projecção e importância na evolução doutrinal e legislativa, quer em França quer nas demais legislações estrangeiras que o tomaram por modelo. — Assim, naquele país, foi, segundo se pensa e é crível, a força de *preceito constitucional* da recomendação citada que levou os legisladores posteriores, sobretudo os autores do Code de Procédure de 1806, a manterem o instituto da tentativa conciliatória preliminar e obrigatória, a despeito do fracasso prático revelado pela célebre e já citada *Circular do ano V* (*supra*, 44 nota 27) e da oposição aberta que lhe moveram os tribunais superiores e o próprio Conselho de Estado (cf. a este propósito, e sobre o alcance e teor da referida *Circular*, BONCENNE e PANSEY, *obs. e locs. cits.*, 91 e 231 ss., respectivamente).

Entre as legislações estrangeiras que mais se deixaram influenciar pelo referido preceito, podem precisamente apontar-se os casos algo impressivos dos direitos espanhol e português da época liberal, tendo ambos *consagrado* o princípio da *conciliação obrigatória* nas suas primeiras Constituições: — ou seja, quanto à Espanha, na importante Constituição de Cádiz de 1812 (*Constitucion Política de la Monarquia Española, promulgada en Cádiz a 19 de Março de 1812* — Reimpressão de Madrid 1820 — art. 283.º); e quanto ao nosso país, em todas as Constituições e legislações complementares promulgadas na referida época histórica: — Projecto de Constituição de 1821 (art. 162.º), Constituição de 1822 (arts. 181.º e 195.º), Carta Constitucional de 1826 (arts. 128.º e 129.º), Lei n.º 24 de 16 de Maio de 1832 (arts. 7.º, 43.º e 44.º) e Constituição de 1838 (art. 124.º).

Devendo ainda sublinhar-se, acerca da fórmula do artigo 210.º da mencionada Constituição francesa do ano II acima transcrita, que se nota uma discrepância entre a versão de PONT que fala expressamente de «compromisso» (*o. c.*, 220) e que é a mesma de CHAVES E CASTRO (*Organização e competência dos tribunais portugueses*, Coimbra 1910, 197 ss.), e a versão que no entanto lhe dá LAURENT (*o. c.*, 328) ao substituir o termo *compromisso* pela expressão *transacção*: o que não pode deixar de significar que este último autor adopta o princípio da *identidade* de natureza dos dois conceitos.

que, por um lado, todos os poderes do juiz se converteriam então, dogmáticamente, em autênticos *poderes-deveres*;—e que, por outro lado, a decidida preferência pelas soluções conciliatórias e arbitrais traduziria, não a repulsa pelo processo civil em face dos seus múltiplos e inevitáveis vícios e defeitos institucionais e funcionais (quicá dos seus graves inconvenientes no plano económico, ético-social e jurídico-político), mas apenas a tendência para a *superação* dalguns desses defeitos e inconvenientes, numa visão, todavia, não inteiramente (nem mesmo predominantemente) negativista do processo e da função jurisdicional civil (como a resultante da primeira orientação), mas antes francamente *positiva e construtiva*: — por se acreditar que esta função reveste o maior interesse em qualquer dos três referidos planos, constituindo até uma das mais altas, senão a mais alta de todas as atribuições de soberania dos Estados modernos.

E superação, portanto (e ainda), por uma forma de justiça que, se bem que confie e deposite nos juizes toda uma *enorme gama de poderes directivos e inquisitórios* (podendo chegar até à utilização da sua «ciência privada», sob a óbvia condição da *adesão final* das partes às soluções transaccionais por ele mesmo juiz sugeridas), por isso mesmo mais o *empenha e responsabiliza*, política, moral e socialmente, pelo cumprimento de *graves e transcendentales deveres* funcionais e ético-sociais no exercício da sua espinhosa missão: — deveres esses que manifestamente avultam, sobretudo, do lado das excepcionais qualidades e virtudes intelectuais e cívicas que todos reconhecem deverem reunir-se e exigir-se num juiz para que este possa ser considerado um bom conciliador⁽²⁴²⁾;

(242) Todos os autores, em especial franceses e italianos, são unânimes em considerar que o *principal factor* do êxito prático da concili-

— e se compendiam ou aglutinam no já indicado dever soberano que lhe incumbe de promover uma justiça verdadeiramente *justa e persuasiva*. — Ou seja, um tipo de justiça por tal forma elevada e equilibrada nos seus fundamentos e resultados (e conduzida em plano e ambiente de tão alta dignidade moral e cívica por parte do conciliador e dos litigantes), que a *decisão* ou *sugestão* do juiz acabe por lograr alcançar o *supremo e aliciente* objectivo ético-social, político e até religioso de deixar ambas as partes *íntima e plenamente satisfeitas* com o desfecho do litígio, e sem o mais ligeiro ressaibo de hostilidade ou ressentimento quer uma em face da outra, quer ambas em face do juiz.

18. Seriam estes, em tal linha de orientação, os altos e transcendentales desígnios expressos pelos legisladores modernos, ao manifestarem a sua decidida preferência pelas soluções conciliatórias e arbitrais (amigáveis ou de equidade), em face das decisões judiciais; e que os legisladores portugueses tiveram, aliás, segundo pensamos, o *raro mérito e condão* de apontar como directiva constante e suprema da figura da conciliação no nosso direito positivo, pelo menos nos dois últimos séculos.

lição reside na *capacidade moral e intelectual* das pessoas ou entidades a quem deve ser confiada essa delicada função. Sendo a tal propósito muito impressiva e citada na doutrina francesa do século passado a opinião de CURASSON (*Compétence des juges de paix*, cit Prefácio, 13 — apud DALLOZ, vol. 42, 638), segundo o qual, «a julgar pela experiência», a conciliação exige «tantas e mesmo mais luzes» do que o julgamento da maior parte dos litígios submetidos aos juizes de paz dentro da sua esfera contenciosa»; acrescentando que são os assuntos mais importantes os que a lei submete à tentativa conciliatória; e que para conciliar duma «maneira *equitativa*» (repare-se na alusão ao *requisito da equidade*) «é mesmo preciso apreciar os direitos das partes».

Cumprindo referir como particularmente frisante a este último propósito, o já citado ⁽²⁴³⁾ artigo 162.º do *Projecto de Constituição de 1821* ⁽²⁴⁴⁾. — O qual, apesar de totalmente omitido entre os nossos melhores processualistas antigos e modernos dentro do mencionado período histórico, se nos afigura, todavia, deveras notável, por *inculcar claramente* que a ideia de «solução de equidade», a ser sugerida pelo conciliador aos litigantes, — e que surgiu no nosso Código de 1939 (na linha geral da evolução do instituto em análise, não só no nosso direito como no direito europeu em geral), como uma autêntica *conquista técnica*, inspirada quer na doutrina e nas legislações mais recentes (italiana, alemã, austríaca e francesa) ⁽²⁴⁵⁾ quer, e sobretudo, no pensamento um tanto ousado,

⁽²⁴³⁾ Vid. *supra*, 51 ss. e nota 38, e 116 nota 138; e também *infra*, 224 e nota 290.

⁽²⁴⁴⁾ Cf. o texto integral deste preceito no cit. *Diário das Cortes*, Lisboa 1822, v. 14 e em LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional português*, II, Coimbra 1894, 790.

⁽²⁴⁵⁾ Ver o Relatório do Ministro MANUEL RODRIGUES sobre o tema da conciliação (arts. 244.º-287.º do *Projecto Alberto dos Reis* de 1936 correspondentes aos arts. 476.º-479.º do Código de 1939), a que se fará mais detalhada referência (*infra*, 261 nota 350): — Relatório esse aludido na *Rev. Ord. Adv.*, anos de 1944 e de 1946, n.ºs 3 e 4, 136 e 326 ss., e em parte reproduzido nas suas Lições ao curso do 4.º ano Jurídico da Faculdade de Direito de Lisboa, compiladas por FLÓRIO JOSÉ DE OLIVEIRA e intituladas *Do Processo Declarativo*, 3 ss.; e comentado por ALBERTO DOS REIS quer na Acta n.º 11, de 18 de Maio de 1937, da referida Comissão Revisora (publicada na mesma cit. *Revista*, ano 4.º, 1944, n.ºs 3 e 4, 133 ss.) quer na *Rev. Leg. Jur.*, ano 73.º, 1940-1941, 55 ss., e no *Cód. Proc. Civil anotado*³, II, Coimbra 1949, 318 ss. — O texto integral deste Relatório encontra-se na *Biblioteca do Prof. Alberto dos Reis*, existente no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, na *Colecção* (dactilografada) das *Actas e Relatórios* da referida Comissão Revisora. — Cf. sobre o tema em exame Relatório cit. pp. 1-8.

mas bem nitidamente jurisdicionalístico de CARNELUTTI⁽²⁴⁶⁾, — tal ideia andava já a esse tempo indissolúvelmente ligada, na mente dos nossos legisladores liberais, a uma *visão jurisdicionalística da conciliação* — mesmo da conciliação preliminar obrigatória perante o juiz de paz; e tanto que deixou profundo sulco na legislação ulterior, na qual, como já acentuáramos⁽²⁴⁷⁾, são muito frequentes as alusões à «*equidade*» da solução conciliatória. Importando referir e sublinhar uma vez mais, em especial, as fórmulas «*equidade e prudência*» e «*equidade e humanidade*» dos artigos 43.º e 44.º do Decreto n.º 24, de 1832, e dos artigos 135.º e 210.º da Novíssima Reforma Judiciária, de 29 de Setembro de 1841, também já aludidas a propósito da enérgica repressão consagrada por estes dois diplomas legislativos contra a insistência abusiva das conciliações por parte dos conciliadores⁽²⁴⁸⁾; e que têm *flagrante semelhança* com fórmulas de equivalente significado usadas por eminentes autores do nosso tempo, quer em relação ao direito italiano, como GRANDI⁽²⁴⁹⁾, quer em relação ao direito alemão, como ROSENBERG⁽²⁵⁰⁾.

19. Assim, numa primeira síntese relativa à análise do problema dos *poderes e deveres do juiz na conciliação moderna*

⁽²⁴⁶⁾ Vid. *infra*, 241-248 e notas 321-325.

⁽²⁴⁷⁾ Vid. *supra*, nota 27 da p. 45 s.

⁽²⁴⁸⁾ Vid. *supra*, 2 nota 2 e cit. nota 27 da p. 46.

⁽²⁴⁹⁾ Ver-se-á a seu tempo (*infra*, Parte II, Caps. I e III) que GRANDI usa repetidamente no seu célebre *Relatório*, a propósito da conciliação, a expressão *equidade*; e no *Discurso ao Senado* de 10 de Maio de 1940, a p. XXIII, a propósito do juízo de equidade, a fórmula «humanidade das coisas como fonte perene do Direito». Cf. também *infra*, 204 nota 256 e 245 nota 323.

⁽²⁵⁰⁾ Ver que este autor fala impressivamente a tal respeito de «*tacto e prudência*» do juiz conciliador (*o. c.*, § 58, II, 6, 180 e trad., vol. I, 356).

dentro desta corrente de orientação, (que o nosso próprio direito passado e presente em assaz larga medida documenta), tudo no fundo se reconduz e parece girar à volta da determinação dos *limites positivos e negativos* da actividade do juiz em geral, e sobretudo no âmbito da actividade conciliatória e dos negócios processuais em particular. — Pois que, no aspecto *positivo*, ser-lhe-ia consentida uma intervenção *activa e construtiva* na determinação e delimitação do conteúdo das soluções transaccionais: — a tal ponto, que é de admitir que essa sua intervenção devesse conduzir lógicamente à consequência de ele juiz *poder recusar* a homologação de uma transacção extraprocessual ou processual que, em seu critério, ferisse os princípios básicos da justiça e da equidade.

Mas também a actividade do juiz teria inequívocamente neste aspecto *limites negativos* a observar. — Por ser óbvio que, em face dos transcendentales objectivos apontados, ele nunca poderia exercer a sua referida e delicada actividade de orientação das partes como conciliador de maneira e em sentido puramente *arbitrários* ou *atribiliários*: — quer alheando-se por completo dos aspectos substanciais e morais do acordo conciliatório, a bem da sua comodidade pessoal⁽²⁵¹⁾ ou de outra qualquer consideração ou razão, porventura mais atendível (como por exemplo o excesso de trabalho)⁽²⁵²⁾, que o levasse a essa atitude de total indiferentismo perante os

(251) Vid. ROSENBERG, *o. e l. c.* na nota antecedente, e *supra*, p. 4 nota 4.

(252) Devendo recordar-se a este propósito que na Alemanha, a preocupação de aliviar os tribunais do excesso de trabalho que os oprimia, após a eclosão da primeira Guerra Mundial, constituiu uma das razões práticas fundamentais da expansão das conciliações e da arbitragem preconizada pela doutrina e apoiada pelo legislador (Cf neste sentido KRETSCHMAR, *o. c.*, 213 e *supra*, 10-11 nota 5).

litigantes; — quer deixando-os inteiramente entregues um ao outro na elaboração das bases do acordo — mesmo quando fosse evidente, por ser inconteste de que lado estava a razão, que estas bases conduziam, se homologadas pelo juiz, à chancela legal e judicial das *extorsões* e *prepotências* exercidas pelo litigante mais audaz e caviloso sobre o mais tímido, embora com melhor direito, gerando autêntica e odiosa *denegação de justiça* ⁽²⁵³⁾. Pois que ele juiz é absolutamente «*responsável*» por que a conciliação logre ou não atingir os seus altos e dignificantes objectivos de promover e consagrar, nos termos apontados, uma solução que, pelo seu *equilíbrio* e *equidade*, satisfaça ambas as partes; — criando assim entre elas um ambiente de *paz íntima* e de *plena concordância*, no plano *moral* e *jurídico*, com os termos em que o litígio for solucionado.

Quer isto dizer, em resumo, que nesta sua aliciante e delicadíssima actividade de conciliador, o juiz encontraria um *grave limite (negativo)* ao exercício da ampla esfera dos seus

⁽²⁵³⁾ São, como vimos, particularmente categóricos na afirmação de que a conciliação conduz muito frequentemente, pelas razões indicadas no texto, a «denegação de justiça», BENTHAM (*De l'Organisation Judiciaire*, cit. ed. de DUMONT, Paris 1928, 175) e MEYER (*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*, ed. 1823, v, 576. — Devendo citar-se neste mesmo sentido, entre os autores modernos, RICCA-BARBERIS, o qual a propósito da discussão do Projecto Solmi, e apoiando-se no último destes autores, põe por essa razão sérias reservas à adopção do instituto da conciliação na então futura legislação processual italiana (vid. *Osservazioni e proposte* já citadas, v. II, 172), e MOLLINARI que num seu aguerrido ataque ao instituto da conciliação do Código de 1940, acentua precisamente o perigo de ela conduzir a uma «renúncia» «hipòcritamente forçada» ao próprio bom direito» que envolve «negação de justiça» (vid. autor citado, *Un'esperienza fallita*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1946, 176).

poderes inquisitórios que nunca poderia transpor: limite que se traduziria no mais alto e imperioso dos deveres que o Estado lhe impõe, mesmo como juiz, ou seja — a realização do já mencionado e transcendente ideal da *justiça persuasiva* ⁽²⁵⁴⁾.

20. E que um tão alto e nobre ideal corresponderia, efectivamente, no pensamento jurisdiccionalístico a que nos reportamos, à *sublimação* da função jurisdiccional do Estado, por constituir no fundo, segundo pensamos, uma verdadeira *síntese* das tendências antigas e modernas de aperfeiçoamento ético-religioso do Direito, decorre, por um lado, de constituir uma solução de *conteúdo ético*, traduzida no sentido corrente do conceito de «solução de equidade», tal como CARNELUTTI a consagrou no artigo 216.º do seu notável *Projecto* ⁽²⁵⁵⁾; por outro, da substituição do carácter *coercitivo e impositivo* do comando jurídico, expresso na força coactiva e executiva da sentença judicial, pela plena *adesão da consciência* dos litigantes ao conteúdo da solução conciliatória (solução que quadra ao conceito de *autonomia* e de *incoercibilidade*, em vez de *heteronomia* e *sanção coactiva*); e, finalmente, porque, restabelecendo a *paz* e a *harmonia* entre os litigantes, a conciliação assegura a plena realização do *supremo ideal cristão* da solidariedade social e do amor entre os homens, eliminando do mesmo passo, no plano transcendental das suas relações com Deus, o pecado resultante da *inimizade* e do *ódio* gerados pela luta judiciária.

Vê-se, assim, do que se deixa dito e além do mais, que

⁽²⁵⁴⁾ Vid. *supra*, 194 nota 240.

⁽²⁵⁵⁾ Publicado sob o título de *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sotocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile, I — Del processo di cognizione*, Milão 1926.

através deste hipotético e aliciante pendor jurisdicionalístico da conciliação moderna se poderia dar um passo decisivo no caminho do *aperfeiçoamento da própria Justiça*, transportando-a do campo raso e algo rude do moderno duelo judiciário (em que, sob formas um tanto mitigadas, acaba todavia por dominar o *ódio* e a *violência*, se não física pelo menos social e económica), para os tão transcendententes quanto delicados domínios das relações entre o Direito e a Moral, por um lado, e entre o Direito e a Religião por outro.

Dado que, pelo que respeita ao primeiro destes dois domínios, através da conciliação de tipo *arbitral de equidade* (não *vinculativa*), como a praticada intensamente pelo celebrado instituto conciliatório da Igreja — a *amicabilis compositio* da *audientia episcopalis* — o Direito aproxima-se efectivamente da Moral sob um duplo ponto de vista:

Em primeiro lugar, pelo prisma em que essa aproximação se tem historicamente verificado em relação a numerosos outros institutos dos direitos modernos («abuso de direito», «não locupletamento à custa alheia», «concorrência desleal», «anulação por lesão», «oponibilidade reflexa das obrigações a terceiros cúmplices na violação dos contratos», «desvio do poder», «obrigações naturais», «conversão e redução dos negócios jurídicos», etc., etc.); ou seja, pela *progressiva assimilação* do conteúdo das normas morais por parte dos preceitos jurídicos: — posto que a *solução de equidade* que o juiz *como conciliador* deve esforçar-se por fazer triunfar na tentativa de conciliação por ele promovida, ou na transacção espontaneamente elaborada ou solicitada pelas partes, nada mais é ou pretende ser do que a *correção* ou *suavização* do eventual excesso de rigorismo do conteúdo dos preceitos legais vigentes («*dura lex, sed lex*») fazendo-os quanto possível coincidir com os mais transcendententes objectivos dos *preceitos morais* corres-

pondentes («ex aequo et bono»). — De tal sorte que a conciliação seria assim, olhada deste ângulo, como que uma janela permanentemente aberta nos Tribunais estaduais para a *renovação do direito* através da aragem sempre refrescante e vitalizadora dos *grandes ideais morais* ⁽²⁵⁶⁾.

Mas a aproximação dos dois referidos domínios normativos dar-se-ia ainda, em segundo lugar, no outro e não menos relevante ponto de vista, há pouco assinalado. — Ou seja, pelo que concerne ao *lado da sanção*, ou melhor, à *fonte de obrigatoriedade* da solução conciliatória em face da solução judicial: — pois que o verdadeiro e alto objectivo da justiça *persuasiva* consiste, precisamente, em tentar substituir o *tipo de sanção* genuinamente jurídica (*coercibilidade*), que dá corpo à eficácia de caso julgado e à *força de execução* aparelhada inerentes às decisões judiciais (*heteronomia e heterocomposição*), pelo *tipo específico* da *sanção moral*, uma vez que a solução conciliatória (ou *persuasiva*) traduz apenas, como se frisou, a *adesão da consciência* dos litigantes ao preceito ou solução de equidade sugerida e adoptada como base da conciliação (*autonomia e autocomposição*) ⁽²⁵⁷⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Recorde-se que GRANDI, no seu já referido *Discurso ao Senado* (vid. *supra*, 86 nota 74 e 199 nota 249 e *infra*, 245 nota 323) sustenta a p. XXIII, que no juízo de equidade confiado ao juiz italiano pelo artigo 114.º do Código de 1940 (e assimilado à conciliação no *Relatório ao Rei*, 18 e 19) «deve ser dada ao juiz a possibilidade, em determinados casos, de adaptar a fria lógica das normas jurídicas às concretas exigências da vida, a que os Romanos chamaram *humanidade das coisas*, qual força perene da criação do Direito». — Cf. *infra*, Parte II, Cap. I.

⁽²⁵⁷⁾ Acerca do problema das relações entre a Moral e o Direito e o Direito e a Religião, sobretudo no plano filosófico, e dos caracteres diferenciais entre as normas de conduta que integram os dois primeiros conceitos, vid. em especial RADBRUCH, *Filosofia do direito*, trad. de

Por sua vez, a aproximação do Direito e da Religião, que a conciliação visa nesta orientação realizar, traduzir-se-ia no facto de a *paz íntima*, (que a adesão de consciência dos litigantes à norma envolve), pôr radicalmente termo aos *ódios*, *dissenções* e *inimizades* exacerbados pelos pleitos judiciários, que constituíam como tais *fontes de pecado*: — consequência esta inevitável, segundo os canonistas, mesmo em relação ao litigante que ganhasse a causa e estivesse na razão; posto que a luta judiciária como qualquer outra, embora conduzida com razão e triunfo justo, desperta sempre hostilidade e animosidade e cria, portanto, ódio e desamor entre os homens ⁽²⁵⁸⁾.

Ora supomos que foi, fundamentalmente, todo este conjunto de ideias e de sentimentos éticos e religiosos, inspiradores da moderna conciliação como «*solução de equidade*», (e que afloram mais ou menos nitidamente em vários autores antigos e modernos), que PUTZOLU, com a sua grande e dupla autoridade de membro da Comissão de Revisão do Código de Processo Italiano de 1940 e de Subsecretário da Justiça daquele país, ao tempo da elaboração e promulgação desse notável

CABRAL DE MONCADA, I, Parte geral, 2.^a ed., Coimbra 1944, § 5.º, 120 ss. e § 12.º, 245 ss.; DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, trad., de A. J. BRANDÃO e Prefácio de C. MONCADA, v. 2.º, § 3.º, 32-52 e § 19.º, 99 e 100, 290-297 e 297-300 e RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, Paris 1925, n.ºs 1-21, p. 1-36; e quanto à influência da Moral no aperfeiçoamento do Direito nos dois sentidos indicados no texto, vid. o nosso *Programa da Cadeira de Introdução ao Estudo do Direito e Estudo descritivo das Instituições de Direito Civil*, da Faculdade de Economia da Universidade do Porto, ed. dactilografada, Porto 1956-1957, cap. III, pp. IX ss.

⁽²⁵⁸⁾ Vid. DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, Roma 1942, 19 ss., VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milão 1937, 2 ss. e LAVIELLE, *o. c.*, 17 e 18 nota 1.

monumento legislativo processual, quis exprimir numa síntese verdadeiramente lapidar, relativa ao instituto da conciliação judicial naquele Código consagrado, segundo a qual é através da actividade conciliatória do juiz que «saiba gerar tal fé em ambos os contendores» que os leve a «deporem espontaneamente nas suas mãos as armas da luta», que «o juiz vence plenamente a sua batalha» e bem se pode afirmar que é «a divina ideia da Justiça que nele se faz carne»⁽²⁵⁹⁾.

E neste mesmo sentido (da estreita correlação entre os fins específicos da composição amigável dos litígios e as ideias morais e religiosas que constituem o seu verdadeiro *substratum* espiritual e sociológico), poderiam citar-se numerosíssimos outros autores, e de várias épocas históricas. Pois que, mesmo muitos dos defensores da concepção contratualista e privatística deste instituto são em geral do parecer de que, não obstante o *fin negativo* de evitar os males do processo, tem de encarar-se a composição amigável também, senão fundamentalmente, pelo prisma *positivo* do alto ideal da *paz* e da *harmonia social* que este instituto visa em princípio gerar entre os litigantes: — o qual, se não deixa de agradar aos homens, mais agrada sobretudo a Deus⁽²⁶⁰⁾.

(259) Vid. autor citado, *La funzione del giudice nel nuovo processo civile e collegiale*, in *Il tribunali*, 31-1-1941, e apud NAPPI, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, Parte II, 660 nota 4.

(260) Vid. em especial neste sentido: BONCENNE (*o. c.*, tomo I, 82) na sua alusão ao célebre juiz LAMOIGNON, segundo o qual este juiz, «quando no meio dos habitantes da sua terra acomodava as questões e ditava as transacções» se sentia «mais contente consigo próprio e talvez maior aos olhos de Deus» (se lograsse assegurar o repouso de uma pobre família), do que quando decidia as mais fabulosas fortunas sobre o primeiro trono da justiça» (ou seja, o tribunal de Cassação de que fora presidente); LAVIELLE (*o. c.*, 18 nota 1 e 42 nota 1); e LAURENT

21. Ora, em face das múltiplas e delicadas ordens de conexões do problema dos poderes e deveres do juiz com o instituto da composição amigável que se deixam vagamente enunciadas e delineadas; e em face, sobretudo, da análise do significado verdadeiramente *transcendente* que este mesmo instituto pode revestir, quando integrado numa visão construtiva e teleológica dos objectivos e finalidades superiores da Justiça: — vê-se facilmente quão profunda distância separa a concepção *contratualista tradicional* da conciliação e institutos afins (de tão vincado e descarnado *pendor negativista*, em relação à utilidade social do processo, pelo menos, entre alguns autores antigos⁽²⁶¹⁾ e modernos, traduzido no nosso velho brocardo de que «mais vale uma má composição do que uma boa demanda» e lançado em França, sobretudo por influência de VOLTAIRE e dos enciclopedistas, nos primeiros momentos da tumultuosa vida destes mesmos institutos na época revolucionária) — e a concepção *jurisdicionalística* (de *equidade* ou *persuasiva*) que, como acabamos de referir,

(o. c., 328). — E quanto à conciliação como máxima expressão do ideal da *moralização e pacificação social* da justiça moderna, em relação ao Código italiano de 1942, vid. D'AMELIO, já cit. *Le tendenze sociali del nuovo Codice di Procedura Civile*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1941, 3 ss., e LUIGI FERRARA (o. c., 167), que qualifica a conciliação moderna como manifestação e símbolo da «mais moderna luz de civilização humana»; e em relação ao Código italiano de 1865, vid. SCAMUZZI, cit. *Digesto Italiano*, v. VIII, 87, que fala a este mesmo propósito, reportando-se a um relatório do Procurador-Geral de Roma reproduzido no *Relatório Cursio* à Comissão reorganizadora da Estatística Judiciária do ano de 1882, em «apostolado de educação moral» (vid. no mesmo sentido o. c., 39, 2.^a col., *supra*, 32-34 e notas 15 e 18, e *infra*, Parte II, Caps. I e II.

(²⁶¹) Vid. *infra*, os autores franceses que antes de VOLTAIRE, como MONTAIGNE, RABELAIS e outros, nutriam da conciliação um sentido essencialmente *negativista* de fuga aos perigos do processo judicial.

parece patente na legislação ou, pelo menos, em certo sector da doutrina italiana, francesa e alemã moderna. — E que não menos nitidamente se apresenta, como também acabamos de ver⁽²⁶²⁾, na nossa própria tradição legislativa e no nosso vigente sistema de direito processual positivo: — que consagrou abertamente a orientação jurisdicionalística de CARNELUTTI, adoptando a fórmula «*solução de equidade*» preconizada por este eminente autor no seu já referido e notável *Projecto de Código de Processo Civil de 1926* (art. 216.º), e por ele tão insistentemente recomendada, esclarecida e justificada em vários outros escritos posteriores àquele mesmo *Projecto*, a que já fizemos referência⁽²⁶³⁾, e cujos termos e índole fundamental acabam de assinalar-se com a alusão à sugestiva síntese de PUTZOLU acima reproduzida.

Tratando-se, como se vê, de duas concepções que, quer pelas suas *finalidades e objectivos* essenciais, quer pelo que toca às suas *relações e conexões* com o problema dos poderes e deveres do juiz e com o das próprias finalidades ideais do processo civil, estão verdadeiramente no *contrapolo* uma da outra. — A tal ponto de se poder dizer, como também já vagamente deixámos assinalado⁽²⁶⁴⁾, que o alcance do supramencionado brocardo, tão arreigado na nossa prática forense (bem como nas práticas forenses francesa, italiana e espanhola)⁽²⁶⁵⁾, sofreu uma profunda alteração, (se não mesmo uma *total inversão*), no seu significado. — Pois que, através da conciliação *de equidade*, já se não procura levar as partes a uma transacção, «*ainda que má*», por se considerar «*qualquer*»

(262) Vid. *supra*, 197-200 e *infra*, 241-245 e notas 321-325.

(263) Vid. *supra*, 193 nota 239 e *infra*, 242 e nota 322.

(264) Vid. *supra*, 36 nota 19 e 67 nota 58.

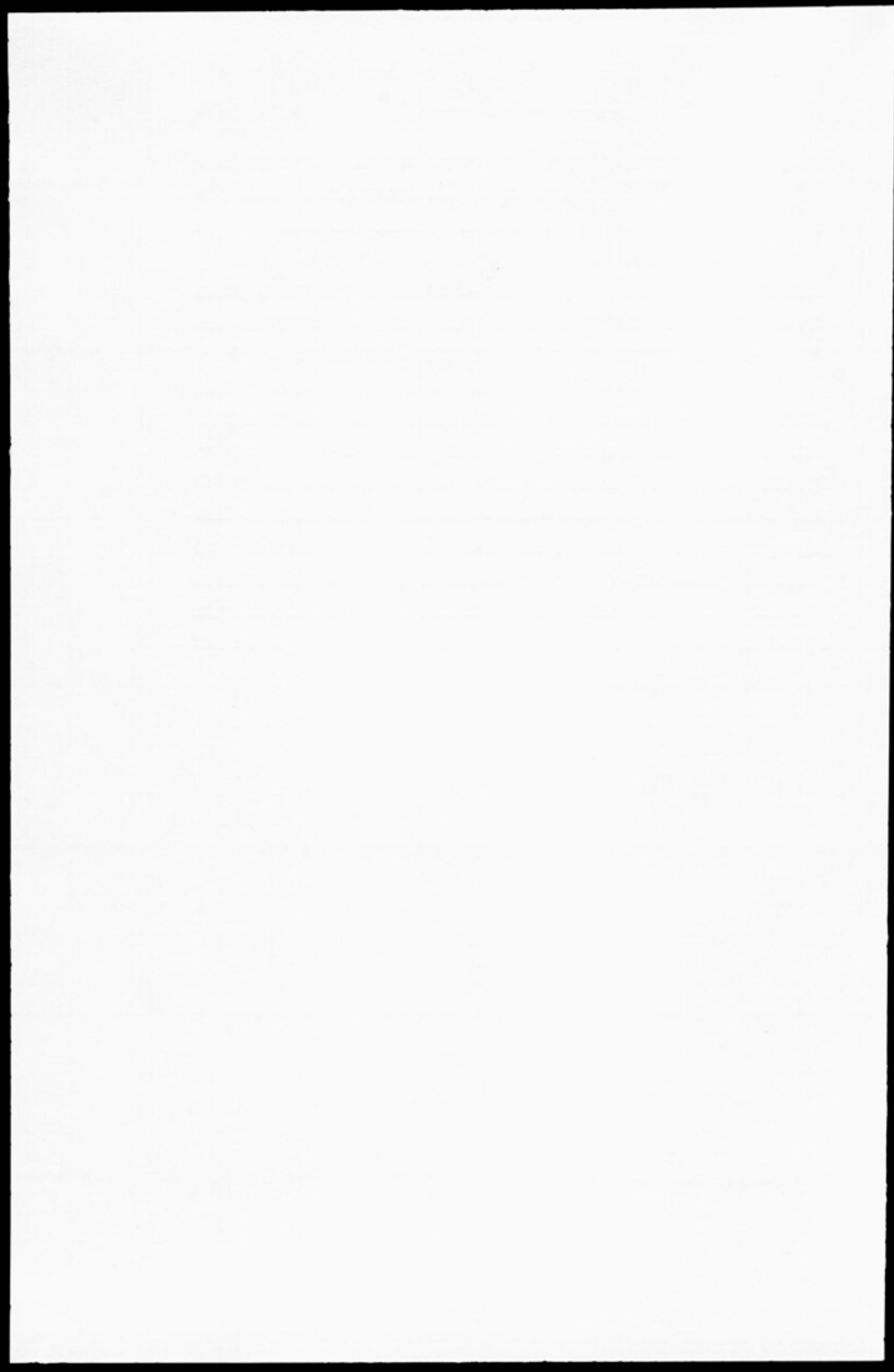
(265) Vid. *supra*, *ibidem*.

solução transactiva «*sempre preferível*» a uma demanda judicial, «*ainda que boa e justa*»; — mas, pelo contrário, *repudiam-se* enèrgicamente as *más transacções* ou *transacções injustas*, que envolvem *sacrifício de direitos certos ou evidentes*, conduzindo a autêntica *denegação de justiça*. — Por tal forma que se pode, em síntese, hoje dizer que «*mais vale uma boa demanda* (um processo judicial *justo*) do que uma *má transacção*».

Cumprê, todavia, advertir que no moderno conceito de conciliação, como «solução de equidade», continuam a preferir-se as transacções aos processos judiciais. — Mas, agora, apenas no sentido de uma autêntica e transcendente *sublimação* do ideal da justiça: — em que só as «*boas transacções*» (*de equidade*) são preferíveis às «*boas demandas*» (ao moderno processo publicístico, mais eficiente e rodeado de maiores garantias que o processo privatístico liberal); — e mais intensa e justificadamente, como é óbvio, aos eventuais *maus processos judiciais*.

(*Continua*).

ALEXANDRE PESSOA VAZ



ÓRBITA DA ESTRELA DUPLA VISUAL

ADS 371 \equiv Hu 1007

PREFÁCIO

No decorrer dos meses de Agosto e Setembro de 1967 estagiámos novamente no Observatório Real da Bélgica, desta vez a expensas nossas.

Além de mais uma vez estabelecermos contactos com alguns dos mais eminentes Astrónomos daquele reputado Observatório Astronómico, era nosso objectivo, que aliás conseguimos realizar, proceder também a uma recolha de indicações e elementos que nos possibilitassem futuros trabalhos de investigação.

A presente publicação, a primeira dessa série, intitulada «órbita da estrela dupla visual A. D. S. 371 \equiv Hu 1007», situamo-la dentro das nossas actividades científicas como bolsiro do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra) do Instituto de Alta Cultura e foi realizada em colaboração com o Observador-chefe do Observatório Astronómico da Universidade de Coimbra Dr. M. COELHO BALÇA.

Dada esta breve nótula explicativa, sentimos o grato dever de exprimir o nosso sincero reconhecimento ao Director do Observatório Real da Bélgica Doutor A. VELGHE, Professor da Universidade de Lovaina, pelo excelente acolhimento e preciosa ajuda que mais uma vez nos dispensou, ao Astrónomo-chefe do Departamento n.º 2 daquele Observatório Doutor J. DOMMANGET, ex-Director do Observatório Internacional de Bloemfontein (República da África do Sul) e Vice-Presidente da Comissão n.º 26 (Estrelas duplas) da U. A. I., pela indicação preciosa do tema do presente trabalho, ao Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory» (Washington) pela gentileza que teve em nos transmitir a maior parte das mais

recentes observações do binário visual A. D. S. 371, ao Prof. Doutor MANUEL DOS REIS, Professor da Universidade de Coimbra, Director do Observatório Astronómico da mesma Universidade e do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências de Coimbra) do Instituto de Alta Cultura, pela grande honra que nos concedeu em nos propor para membro do Centro que superiormente dirige e, finalmente, ao Prof. Doutor JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM bem como a toda a Ex.^{ma} Direcção de «O Instituto de Coimbra» pelas facilidades concedidas na publicação do presente trabalho na revista desta Academia Literária e Científica.

Maio de 1968.

A. SIMÕES DA SILVA

1. Introdução.

Estamos perante uma estrela dupla física descoberta em 1905 por W. J. HUSSEY e cujas coordenadas uranográficas para as épocas de 1900,0 e 2000,0 são:

$$\left. \begin{array}{l} \alpha_{1900,0} = 00^{\text{h}} 22^{\text{m}} 7 \\ \delta_{1900,0} = + 63^{\circ} 11' \end{array} \right\} \text{ e } \left. \begin{array}{l} \alpha_{2000,0} = 00^{\text{h}} 28^{\text{m}} 3 \\ \delta_{2000,0} = + 63^{\circ} 44' \end{array} \right\}$$

No tocante a elementos físicos observados deste binário visual, temos:

$$\left. \begin{array}{l} m = 9,0 \\ \Delta m = 0,0 \\ Sp = G_0 \end{array} \right\} (*)$$

em que m designa a grandeza aparente global do par, $\Delta m = m_B - m_A$ a diferença de grandezas entre as duas componentes e Sp o tipo espectral global.

Os resultados que obtivemos, para as grandezas aparentes e tipos espectrais individuais, foram

$$m_A = m_B = 9,75 \quad \text{e} \quad Sp_A = Sp_B = G_5.$$

* O tipo espectral global (classificação do «Mount Wilson Observatory»), bem como os valores adoptados para m e Δm são os preconizados por R. G. AITKEN [1] e H. M. JEFFERS & W. H. van den Bos [2].

Que saibamos, não temos conhecimento de qualquer órbita publicada relativa a este binário visual de estrelas. Nesta base, a nossa órbita, naturalmente preliminar, será a primeira respeitante a esta estrela dupla. Como habitualmente adoptamos o método de cálculo de THIELE-INNES [3].

Na elaboração da lista completa das observações e médias de observações de que nos servimos (Quadro 1),

Quadro 1. — Observações e médias de observações relativas ao binário visual A. D. S. 371

N.º	t	θ_t	ρ	n	Observador e referência
1	1905,00	156,7	0,39	2	HUSSEY. — (1)
2	1922,69	177,7	0,39	3	VAN BIESBROECK. — (1)
3	1930,687	184,4	0,40	1	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part II, 1936, p. 49.
4	1932,746	190,4	0,36	1	VAN BIESBROECK. — <i>Idem.</i>
5	1934,747	195,6	0,39	1	VAN BIESBROECK. — <i>Idem.</i>
6	1939,692	201,6	0,34	1	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part VI, 1954, p. 171.
7	1943,792	208,3	0,37	1	VAN BIESBROECK. — <i>Idem.</i>
8	1943,915	202,9	0,37	1	VAN BIESBROECK. — <i>Idem.</i>
9	1958,660	231,2	0,44	1	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 9, Part II, 1960, p. 4.
10	1959,950	223,2	0,46	1	VAN BIESBROECK. — (2)
11	1960,017	231,8	0,38	1	COUTEAU. — <i>Journal des Observateurs</i> , 44, N.º 3, 1961, p. 43.
12	1960,020	228,8	0,32	1	COUTEAU. — <i>Idem.</i>
13	1960,080	227,9	0,36	1	COUTEAU. — <i>Idem.</i>
14	1961,440	228,6	0,42	3	VAN BIESBROECK. — (2)
15	1962,314	52,4	0,46	4	VAN DEN BOS. — <i>Astronomical Journal</i> , 68, number 8, 1963, p. 584.
16	1962,77	49,0	0,46	4	HEINTZ. — <i>Journal des Observateurs</i> , 46, N.º 1, 1963, p. 2.

(1) Médias de observações extraídas do catálogo [1].

(2) Observação e média de observações de que tivemos conhecimento unicamente por intermédio do Doutor C. E. WORLEY.

valemo-nos, fundamentalmente, das observações e médias de observações que nos foram gentilmente transmitidas pelo Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory».

Atendendo não só a que as duas estrelas componentes têm a mesma grandeza aparente visual, mas também às palavras de W. H. van den Bos «The north following distinctly the fainter», opinião essa que acompanha na publicação original a média de observações N.º 15, e com a qual parece concordar W. D. HEINTZ como se depreende da média de observações N.º 16, modificámos de 180º todas as outras observações e médias de observações do ângulo de posição θ .

Todas as observações e médias de observações do ângulo de posição θ foram referidas ao equinócio e equador médios de 1900,0, pelo emprego da relação

$$\theta_{1900,0} = \theta_t - 0^{\circ},001221 (t - 1900).$$

2. Curvas de interpolação.

Na Fig. 1 indicamos o traçado definitivo das curvas de interpolação correspondentes às funções $\theta(t)$ e $\rho(t)$.

O valor correspondente para a constante das áreas é

$$c = + 0,199633 \text{ arc } 1^{\circ} = + 0,00348425,$$

em que + 0,199633 é um quinto da média aritmética de 12 valores do produto $\rho\rho\Delta\theta$.

3. Posições médias fundamentais.

As coordenadas das três posições médias fundamentais adoptadas são:

t	$\theta_{1900,0}$	ρ
1904,00	333 ^o ,9 (3)	0 ^o ,39 (1)
1929,00	7 ,2 (0)	0 ,38 (4)
1961,44	48 ,5 (0)	0 ,42 (0).

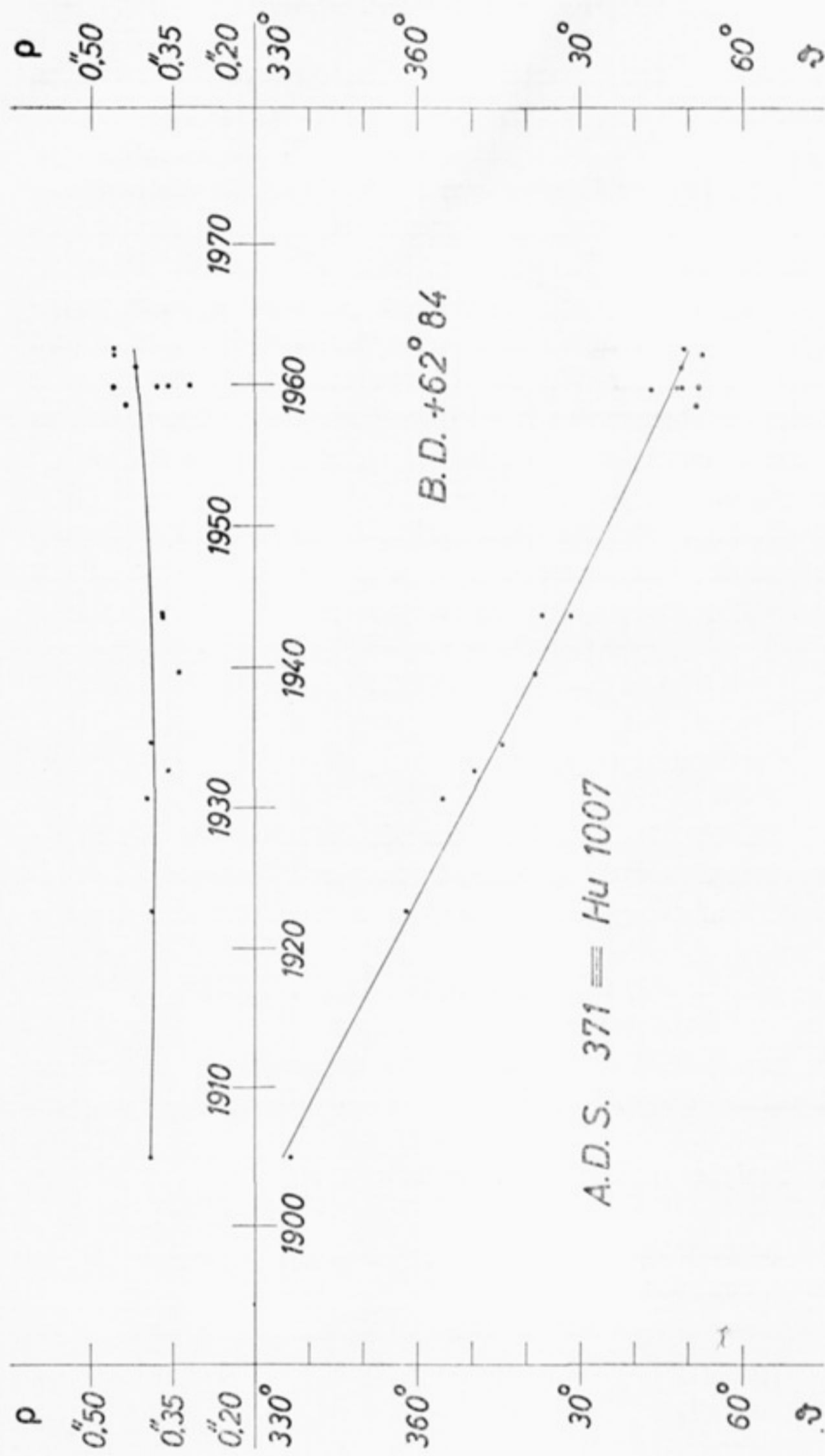


Fig. 1 — Curvas de interpolação das funções $\rho(t)$ e $\theta(t)$ (A. D. S. 371)

Como é sabido, estas três posições e o valor da constante das áreas constituem o ponto de partida no cálculo de órbitas de binários visuais de estrelas pelo método de THIELE-INNES [3].

4. Elementos da órbita real.

Os elementos orbitais que determinámos, quer os de CAMPBELL, quer os de INNES, fazem parte dos valores a seguir indicados:

$P = 198,53$ anos	$A = -0'',1885$
$T = 2060,86$	$B = -0'',2143$
$e = 0,473$	$F = +0'',2585$
$n = 1^{\circ},8134$	$G = -0'',3690$
$a = 0'',458$	$C = \pm 0'',3587$
$i = 53^{\circ},51$	$H = \mp 0'',0845(4)$
$\Omega = 117^{\circ},03$ (1900,0)	$\pi L = \pm 3,08$
$\omega = 103^{\circ},26$	$\pi N = \mp 0,73$.

Até ao momento presente, pode dizer-se que a representação da nossa órbita aparente é perfeitamente satisfatória, como revela o Quadro 2, o qual insere as diferenças $O - C$, quer de θ , quer de ρ , relativas a todas as observações e médias de observações do Quadro 1.

5. Paralaxe dinâmica e elementos físicos.

Indicamos seguidamente os valores que determinámos para estas quantidades, quer pelo método de H. N. RUSSELL e C. E. MOORE [4], quer pelo método de P. BAIZE e L. ROMANI [5].

	RUSSELL e MOORE	BAIZE e ROMANI
Estrela	A e B	A e B
P. dinâmica	$0'',0102$	$0'',0108$
Grand. abs. vis.	4,80	4,92
Massa	1,09 \odot	0,97 \odot
Raio	1,03 \odot	
Densidade média	0,99 \odot	
T. efectiva	$5298^{\circ} K$	
Espectro	G_5	

A temperatura efectiva foi calculada adoptando-se para valor desta no caso do Sol $5713^{\circ} K$ (A. UNSÖLD [6]).

Assinale-se que G. VAN BIESBROECK ([1], p. 34) indica $0''.013$ como valor da paralaxe dinâmica deste binário visual.

Quadro 2. — Diferenças $O - C$, quer de θ , quer de ρ
(binário A. D. S. 371)

$N.^{\circ}$	θ_c	θ_o	$\theta_o - \theta_c$	n	$\rho_o - \rho^c$	ρ_o	ρ_c	$N.^{\circ}$
1	$335,2^{\circ}$	$336,7^{\circ}$	$+ 1,5^{\circ}$	2	$0,00''$	$0,39''$	$0,39''$	1
2	$358,7$	$357,7$	$- 1,0$	3	$+ 0,01$	$0,39$	$0,38$	2
3	$9,5$	$4,4$	$- 5,1$	1	$+ 0,02$	$0,40$	$0,38$	3
4	$12,3$	$10,4$	$- 1,9$	1	$- 0,02$	$0,36$	$0,38$	4
5	$15,0$	$15,6$	$+ 0,6$	1	$0,00$	$0,39$	$0,39$	5
6	$21,6$	$21,6$	$0,0$	1	$- 0,05$	$0,34$	$0,39$	6
7	$26,9$	$28,2$	$+ 1,3$	1	$- 0,02$	$0,37$	$0,39$	7
8	$27,1$	$22,8$	$- 4,3$	1	$- 0,02$	$0,37$	$0,39$	8
9	$45,3$	$51,1$	$+ 5,8$	1	$+ 0,03$	$0,44$	$0,41$	9
10	$46,8$	$43,1$	$- 3,7$	1	$+ 0,04$	$0,46$	$0,42$	10
11	$46,9$	$51,7$	$+ 4,8$	1	$- 0,04$	$0,38$	$0,42$	11
12	$46,9$	$48,7$	$+ 1,8$	1	$- 0,10$	$0,32$	$0,42$	12
13	$46,9$	$47,8$	$+ 0,9$	1	$- 0,06$	$0,36$	$0,42$	13
14	$48,5$	$48,5$	$0,0$	3	$0,00$	$0,42$	$0,42$	14
15	$49,5$	$52,3$	$+ 2,8$	4	$+ 0,04$	$0,46$	$0,42$	15
16	$50,0$	$48,9$	$- 1,1$	4	$+ 0,04$	$0,46$	$0,42$	16

6. Extremos da velocidade radial.

Adoptando como valor da paralaxe dinâmica $0''.0108$, valor determinado pelo método de BAIZE e ROMANI, calculámos $K = 5,80$ km/sec. A velocidade radial relativa atingirá então os seus extremos nas datas $t = 2034,4$ e $t = 2077,2$ anos, respectivamente no

$$\odot, \text{ onde } V_r = \pm 5,2 \text{ km/sec,}$$

e no

$$\ominus, \text{ onde } V_r = \mp 6,4 \text{ km/sec.}$$

7. Efemérides.

O Quadro 3 fornece duas efemérides: uma do movimento relativo aparente e a outra da velocidade radial

Quadro 3.— Efemérides do movimento relativo aparente e da velocidade radial relativa do binário visual A. D. S. 371.

t	θ_t	ρ	V_r ($K = 5,80$ km/sec)
	^o	["]	
1965,0	52,5	0,43	$\pm 0,9$ km/sec
1966,0	53,6	0,43	$\pm 1,0$
1967,0	54,7	0,43	$\pm 1,1$
1968,0	55,7	0,43	$\pm 1,2$
1969,0	56,8	0,44	$\pm 1,2$
1970,0	57,8	0,44	$\pm 1,3$
1971,0	58,9	0,44	$\pm 1,4$
1972,0	59,9	0,44	$\pm 1,4$
1973,0	60,9	0,44	$\pm 1,5$
1974,0	61,9	0,45	$\pm 1,6$
1975,0	62,9	0,45	$\pm 1,7$
1976,0	63,9	0,45	$\pm 1,7$
1977,0	64,9	0,45	$\pm 1,8$
1978,0	65,9	0,46	$\pm 1,9$
1979,0	66,8	0,46	$\pm 1,9$
1980,0	67,8	0,46	$\pm 2,0$
1981,0	68,7	0,46	$\pm 2,1$
1982,0	69,6	0,46	$\pm 2,1$
1983,0	70,6	0,47	$\pm 2,2$
1984,0	71,5	0,47	$\pm 2,3$
1985,0	72,4	0,47	$\pm 2,4$
1986,0	73,3	0,47	$\pm 2,4$
1987,0	74,2	0,47	$\pm 2,5$
1988,0	75,1	0,47	$\pm 2,6$
1989,0	76,0	0,48	$\pm 2,6$
1990,0	76,9	0,48	$\pm 2,7$
1991,0	77,8	0,48	$\pm 2,8$
1992,0	78,6	0,48	$\pm 2,8$
1993,0	79,5	0,48	$\pm 2,9$
1994,0	80,3	0,48	$\pm 3,0$
1995,0	81,2	0,48	$\pm 3,0$

relativa. Ambas foram calculadas até ao ano de 1995. Na primeira, os valores de θ estão já referidos aos equinócios das correspondentes datas; na segunda, utilizámos o valor de K já citado ($K = 5,80$ km/sec). Com base nestas últimas efemérides, apresentamos, na Fig. 2, a chamada curva da velocidade radial.

8. Órbita aparente.

A Fig. 3 revela, dentro da nossa solução, a órbita aparente do binário A. D. S. 371.

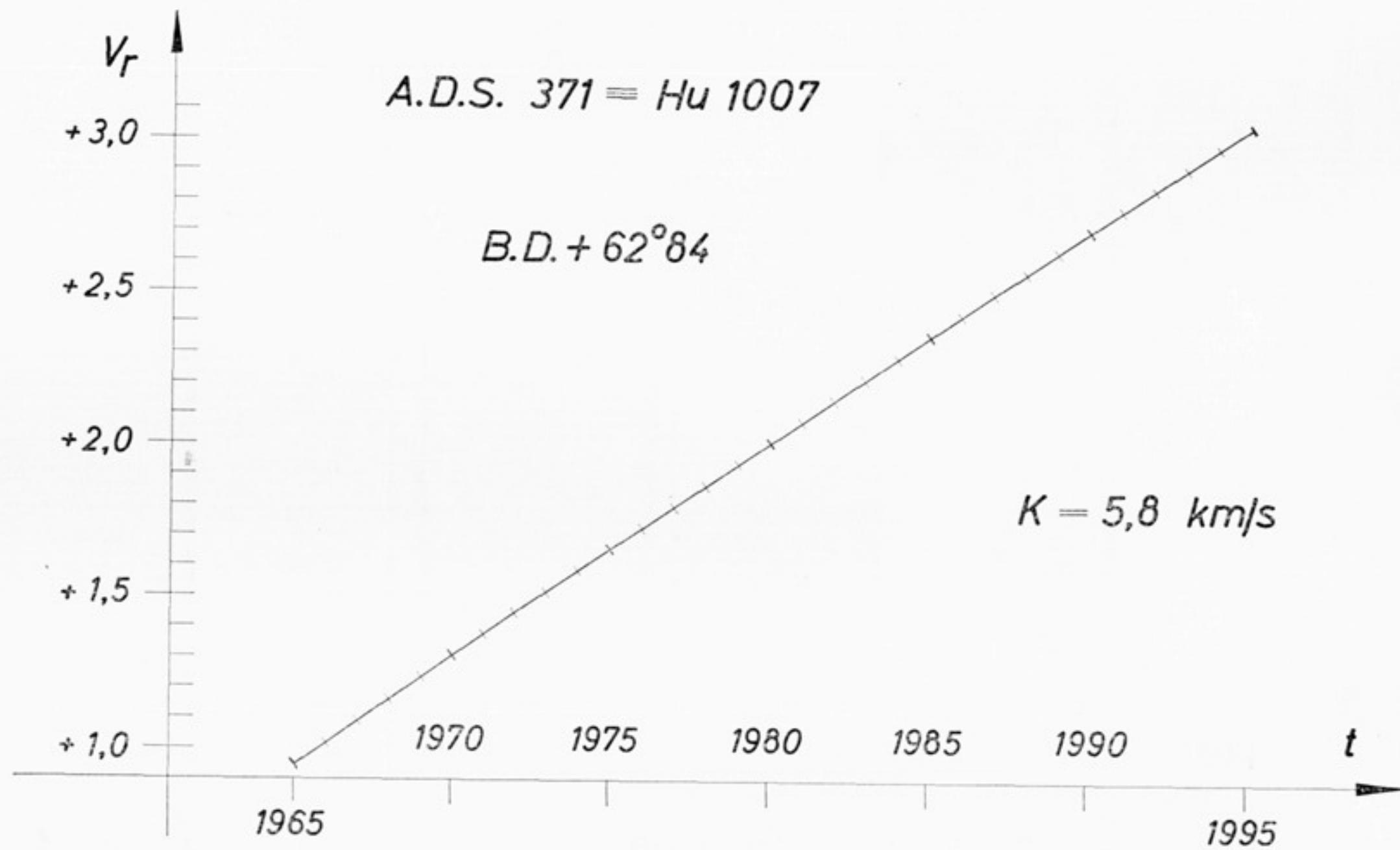


Fig. 2 — Curva da velocidade radial com V_r em km/sec (A. D. S. 371)

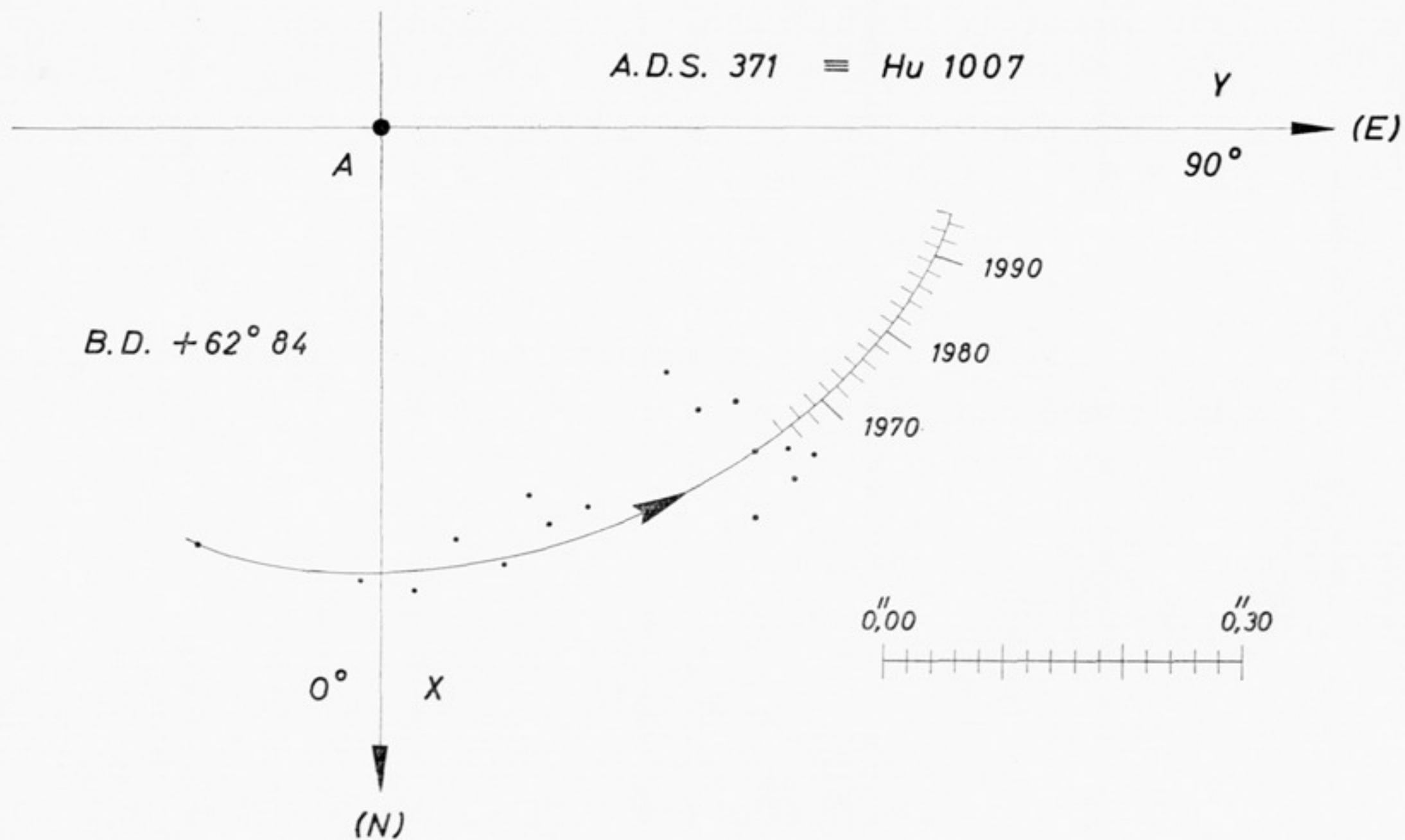
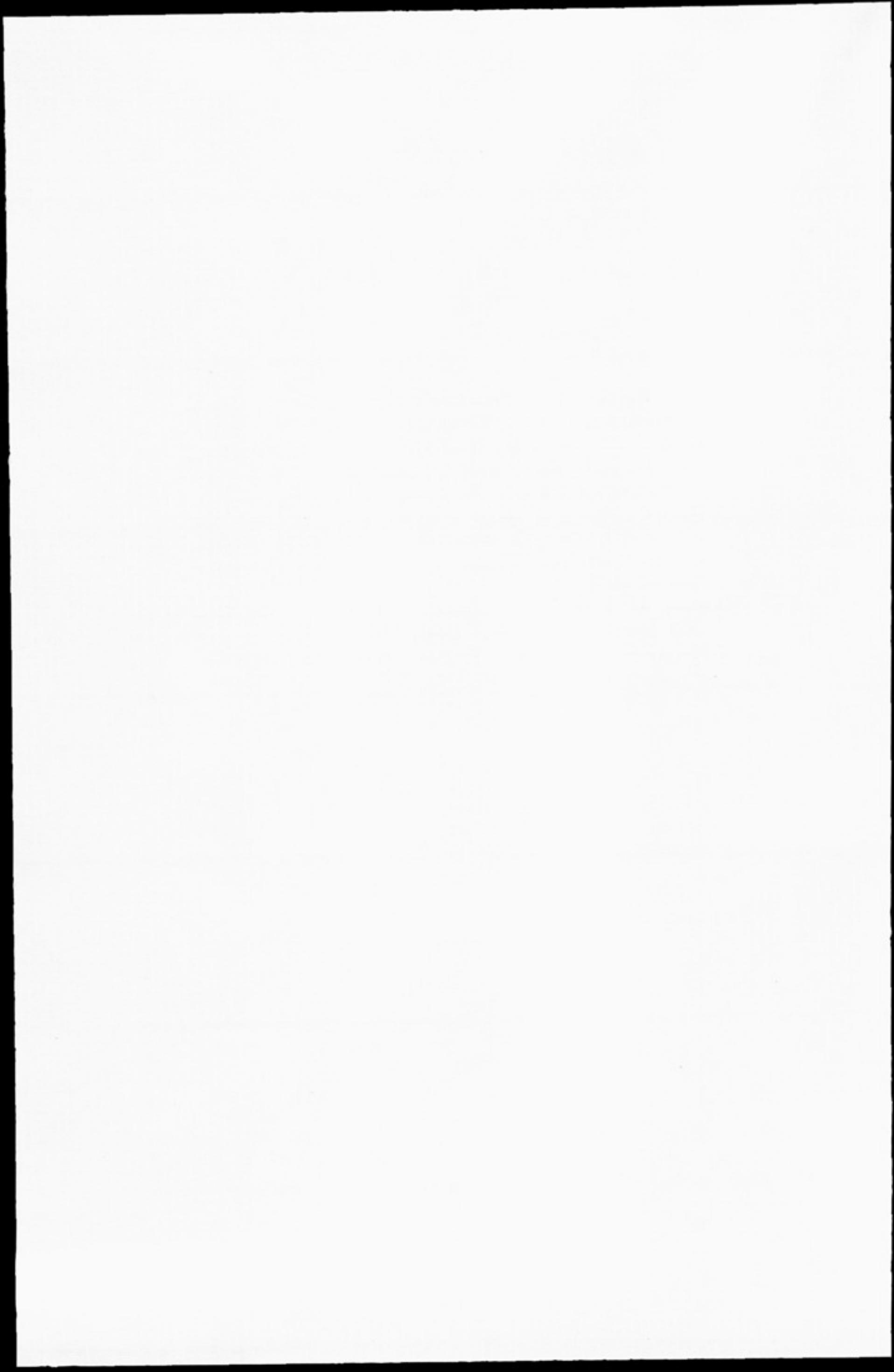


Fig. 3 — Órbita aparente do binário visual A. D. S. 371

BIBLIOGRAFIA

- [1] AITKEN, R. G.: *New General Catalogue of Double Stars*. (Carnegie Institution of Washington, 1932).
- [2] JEFFERS, H. M. & van den Bos, W. H.: *Index Catalogue of Visual Double Stars, 1961,0*. (University of California, Publications of the Lick Observatory, XXI, 1963).
- [3] SIMÕES DA SILVA, A.: *Sobre o cálculo de órbitas de binários visuais de estrelas pelo método de THIELE-INNES*. (Revista da Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra, 32, 1963).
- [4] RUSSELL, H. N. & MOORE, C. E.: *The masses of the stars*. (The University of Chicago Press, 1940).
- [5] BAIZE, P. & ROMANI, L.: *Formules nouvelles pour le calcul des parallaxes dynamiques des couples orbitaux*. (Annales d'Astrophysique, Paris, 9, 1946, pg. 13).
- [6] UNSÖLD, A.: *Physik der Sternatmosphären*. (Berlin, 1938).



ÓRBITA DA ESTRELA DUPLA VISUAL

A D S 5332 \equiv A 218

PREFÁCIO

O presente trabalho, intitulado «Órbita da estrela dupla visual A. D. S. 5332 \equiv A 218», é o segundo da série que foi iniciada com a publicação «Órbita da estrela dupla visual A. D. S. 371 \equiv Hu 1007».

Como tal foi realizado com base nas indicações e elementos que recolhemos durante a nossa mais recente estadia no Observatório Real da Bélgica (Agosto e Setembro de 1967) e consideramo-lo abrangido no âmbito das nossas actividades científicas como bolseiro do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra) do Instituto de Alta Cultura.

Não queremos deixar de exprimir o nosso sincero reconhecimento ao Doutor A. VELGHE, Director do Observatório Real da Bélgica e Professor da Universidade de Lovaina, pelo excelente acolhimento e preciosa ajuda que mais uma vez nos dispensou, ao Doutor J. DOMMANGET, Astrónomo-Chefe do Departamento n.º 2 daquele Observatório e Vice-Presidente da Comissão n.º 26 (Estrelas duplas) da U. A. I., pela indicação do tema do presente trabalho, ao Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory» (Washington) pela gentileza que teve em nos transmitir a maior parte das mais recentes observações do binário visual A. D. S. 5332, ao Prof. Doutor MANUEL DOS REIS, Professor da Universidade de Coimbra, Director do Observatório Astronómico da mesma Universidade e do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências de Coimbra) do Instituto de Alta Cultura, pela grande honra que

nos concedeu em nos propor para membro do Centro que superiormente dirige e, finalmente, ao Prof. Doutor JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM bem como a toda a Ex.^{ma} Direcção de «O Instituto de Coimbra» pelas facilidades concedidas na publicação do presente trabalho na revista desta Academia Literária e Científica.

Maio de 1968

O AUTOR

1. Introdução.

Trata-se de uma estrela dupla descoberta em 1901 por R. G. AITKEN e cujas coordenadas uranográficas para as épocas de 1900,0 e 2000,0 são:

$$\left. \begin{array}{l} \alpha_{1900,0} = 06^{\text{h}} 35^{\text{m}},4 \\ \delta_{1900,0} = + 30^{\circ} 47' \end{array} \right\} \text{ e } \left. \begin{array}{l} \alpha_{2000,0} = 06^{\text{h}} 41^{\text{m}},8 \\ \delta_{2000,0} = + 30^{\circ} 41' . \end{array} \right\}$$

Como elementos físicos observados deste binário visual, temos

$$\left. \begin{array}{l} m = 8,0 \\ \Delta m = 0,0 \\ Sp = F_5 , \end{array} \right\} (*)$$

em que m designa a grandeza aparente global do par, $\Delta m = m_B - m_A$ a diferença de grandezas entre as duas componentes e Sp o tipo espectral global.

Os resultados a que chegámos, para as grandezas aparentes e tipos espectrais individuais, foram

$$m_A = m_B = 8,75 \quad \text{e} \quad Sp_A = Sp_B = A_7 .$$

* O tipo espectral global (classificação do «Mount Wilson Observatory») bem como os valores adoptados para m e Δm são os preconizados por R. G. AITKEN [1], H. N. RUSSELL & C. E. MOORE [2] e H. M. JEFFERS & W. H. van den Bos [3].

Prestes a finalizar o cálculo da nossa órbita, tivemos conhecimento da publicação recente de uma órbita preliminar deste binário visual devida a W. D. HEINTZ [4]. Não obstante, entendemos ser de interesse publicar a nossa órbita, procurando facilitar o mais possível o confronto ([5], pág. 8) entre as duas órbitas.

Na elaboração da lista completa das observações e médias de observações de que nos servimos (Quadro 1), valemo-nos, justo é dizê-lo, fundamentalmente, das observações e médias de observações que nos foram gentilmente transmitidas pelo Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory».

Todas as observações e médias de observações do ângulo de posição θ foram referidas ao equinócio e equador médios de 1900,0, pelo emprego da relação

$$\theta_{1900,0} = \theta_t - 0^{\circ},006406 (t - 1900).$$

2. Curvas de interpolação.

Na Fig. 1 indicamos o traçado definitivo das curvas de interpolação correspondentes às funções $\theta(t)$ e $\rho(t)$.

O valor correspondente para a constante das áreas é

$$c = -0,069998385 \text{ arc } 1^{\circ} = -0,00122170,$$

em que $-0,069998385$ é um meio da média aritmética dos 31 valores do produto $\rho\Delta\theta$ indicados no Quadro 2.

3. Posições médias fundamentais.

As coordenadas das três posições médias fundamentais adoptadas são:

t	$\theta_{1900,0}$	ρ
1902,00	246,4(0)	0,16(9)
1932,00	202,0(0)	0,23(4)
1962,00	139,0(0)	0,12(9).

Quadro 1. — Observações e médias de observações relativas ao binário visual A. D. S. 5332

N.º	t	θ_t	ρ	n	Observador e referência
1	1901,83	246,8 ^o	0,17 ^{''}	4	AITKEN. — (1)
2	1904,08	244,0	0,20	1	AITKEN. — (1)
3	1919,22	226,4	0,24	3	AITKEN. — (1)
4	1928,99	200,7	0,21	3	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part II, 1936, p. 57.
5	1942,89	187,3	0,21	3	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part VI, 1954, p. 226.
6	1944,81	184,1	0,20	4	VOUTE. — (2)
7	1953,69	167,8	0,14	6	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 9, Part II, 1960, p. 38.
8	1959,964	139,9	0,13	1	VAN BIESBROECK. — (2)
9	1960,085	165 ?		1	COUTEAU. — <i>Journal des Observateurs</i> , 44, n.º 3, 1961, p. 45. (3)
10	1960,198	140,8	0,15	1	VAN BIESBROECK. — (2)
11	1960,209	175 ?	0,20 ?	1	COUTEAU. — <i>Journal des Observateurs</i> , 44, n.º 3, 1961, p. 45. (3)
12	1962,136	141,4	0,13	4	VAN DEN BOS. — <i>Astronomical Journal</i> , 67, number 8, 1962, p. 559.
13	1962,288	138,9	0,13	1	VAN BIESBROECK. — (2)

(1) Observações e médias de observações extraídas do catálogo [1].

(2) Observações e médias de observações de que tivemos conhecimento unicamente por intermédio do Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory».

(3) No dizer do próprio Autor qualquer destas observações é «assez douteux».

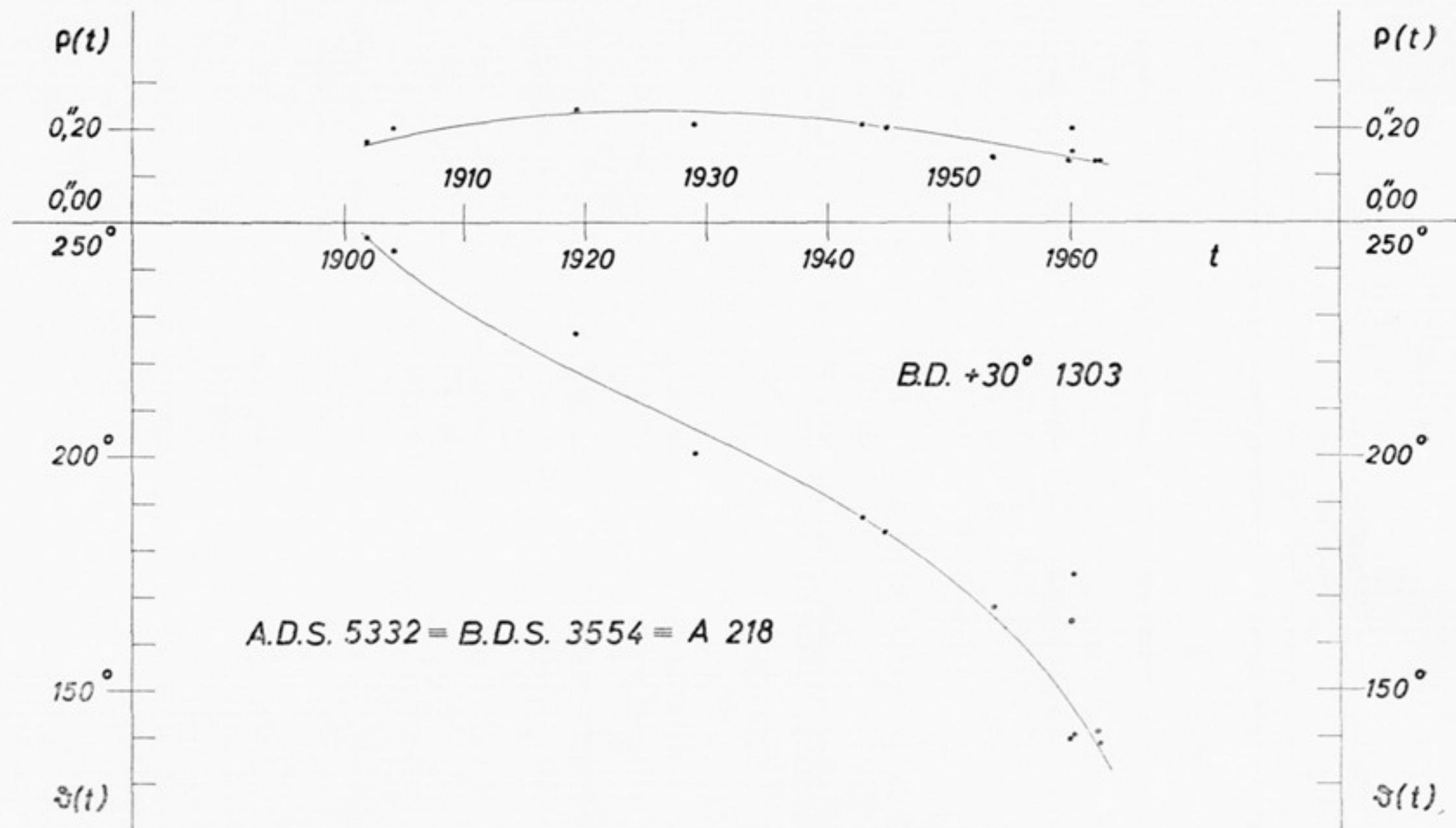


Fig. 1 — Curvas de interpolação das funções $\theta(t)$ e $\rho(t)$ (A. D. S. 5332)

Quadro 2. — Valores do produto $\rho\rho\Delta\theta$ (binário A. D. S. 5332)

t	θ	ρ	$\rho\rho\Delta\theta$	t	θ	ρ	$\rho\rho\Delta\theta$
1901	249,00	0,162	-0,1400	1931	203,15	0,235	-0,1391
1903	244,09	0,176	0,1400	1933	200,61	0,233	0,1393
1905	239,86	0,188	0,1400	1935	198,01	0,230	0,1399
1907	236,10	0,198	0,1399	1937	195,33	0,227	0,1401
1909	232,67	0,206	0,1402	1939	192,55	0,222	0,1400
1911	229,49	0,214	0,1398	1941	189,63	0,216	0,1402
1913	226,52	0,220	0,1401	1943	186,54	0,210	0,1403
1915	223,69	0,225	0,1407	1945	183,28	0,205	0,1402
1917	220,96	0,229	0,1408	1947	179,79	0,196	0,1404
1919	218,31	0,232	0,1401	1949	175,98	0,188	0,1401
1921	215,73	0,234	0,1403	1951	171,84	0,180	0,1399
1923	213,19	0,236	0,1398	1953	167,32	0,172	0,1399
1925	210,68	0,236	0,1398	1955	162,33	0,163	0,1399
1927	208,17	0,236	0,1398	1957	156,72	0,153	0,1400
1929	205,66	0,236	0,1392	1959	150,41	0,145	0,1400
1931	203,15	0,235		1961	143,26	0,135	0,1401
				1963	134,96	0,125	

Como é conhecido, estas três posições e o valor da constante das áreas constituem o ponto de partida no cálculo de órbitas de binários visuais de estrelas pelo método de THIELE-INNES [6], método que adoptamos.

4. Elementos da órbita real.

O Quadro 3 contém os elementos orbitais que determinamos, quer os de CAMPBELL, quer os de INNES. Aí se encontram também os elementos correspondentes à órbita de W. D. HEINTZ por ele próprio publicados [4].

Excluídas as observações N.^{os} 9 e 11 de P. COUTEAU, aliás classificadas pelo próprio Autor como bastante duvi-

Quadro 3. — Elementos respeitantes a duas órbitas do binário
A. D. S. 5332

	Órbita de W. D. HEINTZ		Órbita de A. SIMÕES DA SILVA	
P	126,6	anos	90,46	anos
T	1982,9		1976,25	
e	0,26		0,554	
n	2°,8436		3°,9798	
a	0'',180		0'',161	
i	± 137°,9		144°,14	
Ω	25°,0	(2000,0)	54°,26	(1900,0)
ω	340°,0		36°,58	
A			+ 0'',1390	
B			+ 0'',0597(3)	
F			+ 0'',0290(7)	
G			- 0'',1395	
C			± 0'',0564	
H			± 0'',0760	
πL			± 1,06	
πN			± 1,43	

dosas, a representação da nossa órbita aparente é perfeita; haja em vista o Quadro 4, o qual insere as diferenças $O-C$, quer de θ , quer de ρ , não só em relação à nossa órbita como também no que respeita à de W. D. HEINTZ.

5. Paralaxe dinâmica e elementos físicos.

Indicamos seguidamente os valores que determinámos para estas quantidades, quer pelo método de H. N. RUSSELL

e C. E. MOORE [2], quer pelo método de P. BAIZE e L. ROMANI [7].

	RUSSELL e MOORE	BAIZE e ROMANI
Estrela	A e B	A e B
P. dinâmica	0'',0048	0'',0051
Grand. abs. vis.	2,16	2,31
Massa	2,19 \odot	1,89 \odot
Raio	1,68 \odot	
Densidade média	0,46 \odot	
T. efectiva	8038° K	
Espectro	A ₇	

Quadro 4. — Diferenças $O - C$, quer de θ , quer de ρ
(binário A. D. S. 5332)

N.º	Órbita de W. D. HEINTZ		n	Órbita de A. SIMÕES DA SILVA		N.º
	$(O - C)_\theta$	$(O - C)_\rho$		$(C - C)_\theta$	$(O - C)_\rho$	
	^o	"		^o	"	
1	- 0,9	- 0,01	4	0,0	0,00	1
2	+ 0,5	+ 0,01	1	+ 2,3	+ 0,02	2
3	+ 6,3	+ 0,02	3	+ 8,3	+ 0,01	3
4	- 6,5	- 0,01	3	- 5,3	- 0,03	4
5	0,0	+ 0,01	3	+ 0,3	0,00	5
6	+ 0,1	+ 0,01	4	+ 0,2	0,00	6
7	+ 2,1	- 0,02	6	+ 1,8	- 0,03	7
8	(- 7,1)	(- 0,01)	1	- 7,5	- 0,01	8
9	(+ 18,4)		1	+ 18,1		9
10	(- 5,3)	(+ 0,01)	1	- 5,7	+ 0,01	10
11	(+ 28,9)	(+ 0,06)	1	+ 28,5	+ 0,06	11
12	+ 2,7	0,00	4	+ 2,6	0,00	12
13	(+ 0,7)	(0,00)	1	+ 0,7	0,00	13

Nota 1 — Os valores de $O - C$ colocados entre parêntesis foram calculados por nós próprio.

Nota 2 — W. D. HEINTZ considerou, em lugar das observações separadas n.ºs 8 e 9, a sua média. Em relação a esta média de duas observações de VAN BIESBROECK, as diferenças $O - C$ são $-6^{\circ},2$ e $0'',00$ para a órbita de W. D. HEINTZ, e $-6^{\circ},1$ e $0'',00$ em relação à nossa órbita.

A temperatura efectiva foi calculada adoptando-se para valor desta no caso do Sol $5713^{\circ} K$ (A. UNSÖLD [8]).

W. D. HEINTZ indica como valor da paralaxe dinâmica $0",0045$ e como soma das massas das duas estrelas $4,1 \odot$. Atenda-se a que H. N. RUSSELL e C. E. MOORE ([2], pg. 198) bem como F. SCHLESINGER ([9], pg. 146) indicam $0",0050$ como valor da paralaxe dinâmica, e que L. F. JENKINS ([10], pg. 64) considera $0",008$ como valor da paralaxe trigonométrica.

6. Extremos da velocidade radical.

Adoptando como valor da paralaxe dinâmica $0",0051$, valor determinado pelo método de BAIZE e ROMANI, calculamos $K = 7,26$ km/sec. A velocidade radial relativa atingirá então os seus extremos nas datas $t = 1973,9$ e $t = 1998,4$ anos, respectivamente no

$$\Omega, \text{ onde } V_r = \pm 10,5 \text{ km/sec,}$$

e no

$$\mathfrak{U}, \text{ onde } V_r = \mp 4,0 \text{ km/sec.}$$

7. Efemérides.

O Quadro 5 fornece duas efemérides : uma do movimento relativo aparente e a outra da velocidade radial relativa. Ambas foram calculadas até ao ano de 1995. Na primeira, os valores de θ estão já referidos aos equinócios das correspondentes datas; na segunda, utilizámos o valor de K já citado ($K = 7,26$ km/sec). Com base nestas últimas efemérides, apresentamos, na Fig. 2, a chamada curva das velocidades radiais.

8. Órbita aparente.

A Fig. 3 inclui, dentro da nossa solução, a órbita aparente do binário visual A. D. S. 5332.

Quadro 5. — Efemérides do movimento relativo aparente e da velocidade radial relativa do binário visual A. D. S. 5332

t	θ_t	ρ	V_r ($K = 7,26$ km/sec)
	^o	^{''}	
1965,0	125,3	0,12	± 5,2 km/sec
1966,0	119,8	0,11	± 5,8
1967,0	113,8	0,11	± 6,4
1968,0	107,3	0,10	± 7,1
1969,0	100,2	0,10	± 7,7
1970,0	92,6	0,09	± 8,5
1971,0	84,3	0,09	± 9,2
1972,0	75,2	0,09	± 9,8
1973,0	65,2	0,08	± 10,3
1974,0	54,0	0,08	± 10,5
1975,0	41,6	0,07	± 10,2
1976,0	27,5	0,07	± 9,4
1977,0	11,8	0,07	± 8,0
1978,0	354,8	0,06	± 6,3
1979,0	337,8	0,07	± 4,6
1980,0	322,1	0,07	± 3,0
1981,0	308,7	0,08	± 1,6
1982,0	297,4	0,08	± 0,4
1983,0	288,3	0,09	∓ 0,5
1984,0	280,7	0,10	∓ 1,3
1985,0	274,4	0,11	∓ 1,9
1986,0	269,1	0,12	∓ 2,3
1987,0	264,5	0,13	± 2,7
1988,0	260,4	0,14	∓ 3,0
1989,0	256,9	0,15	∓ 3,3
1990,0	253,7	0,15	∓ 3,5
1991,0	250,8	0,16	∓ 3,6
1992,0	248,1	0,17	∓ 3,7
1993,0	245,7	0,17	∓ 3,8
1994,0	243,4	0,18	∓ 3,9
1995,0	241,3	0,19	∓ 4,0

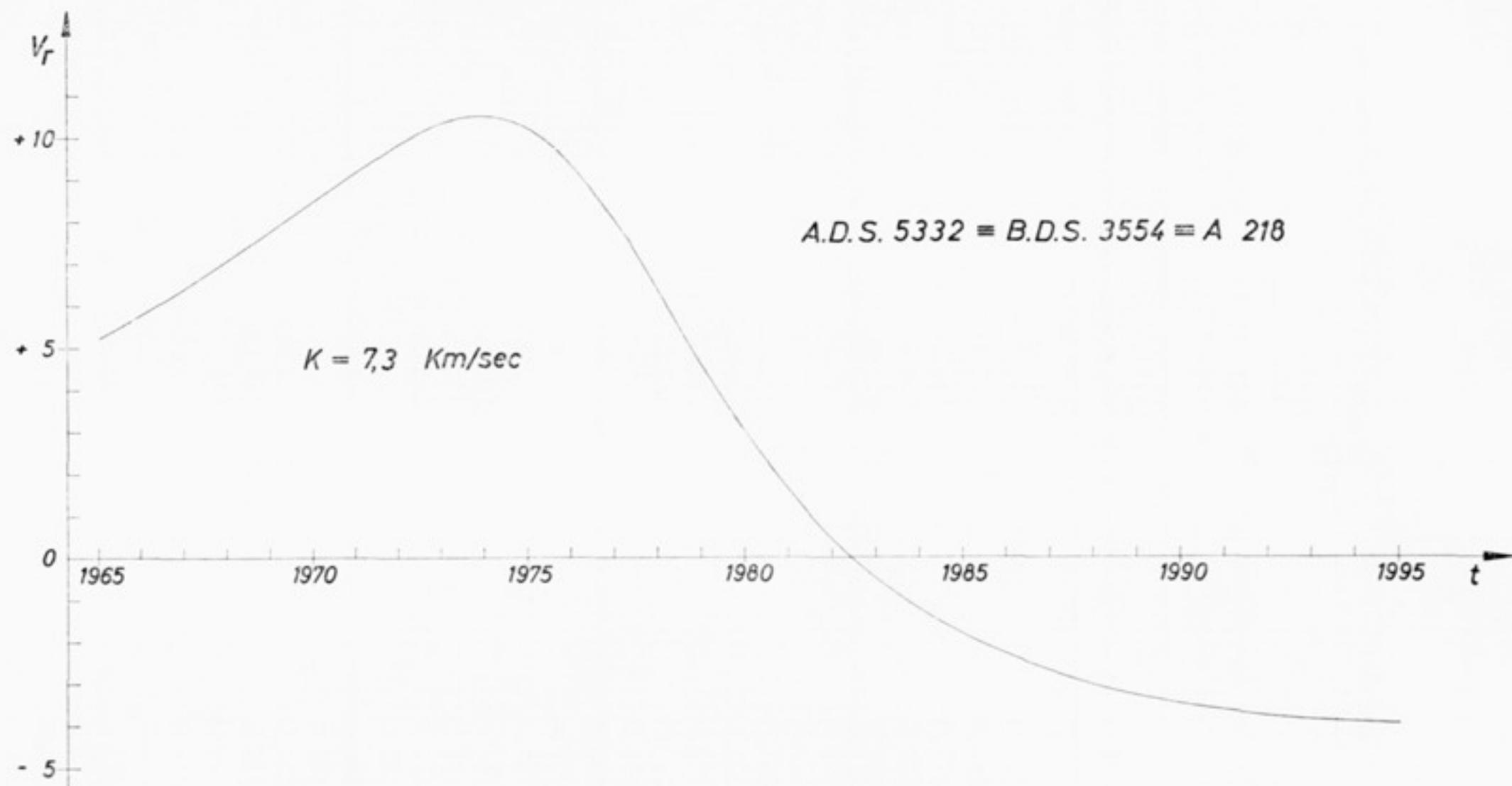


Fig. 2 — Curva da velocidade radial com V_r em km/sec (A. D. S. 5332)

A.D.S. 5332 \equiv B.D.S. 3554 \equiv A 218

B. D. + 30° 1303

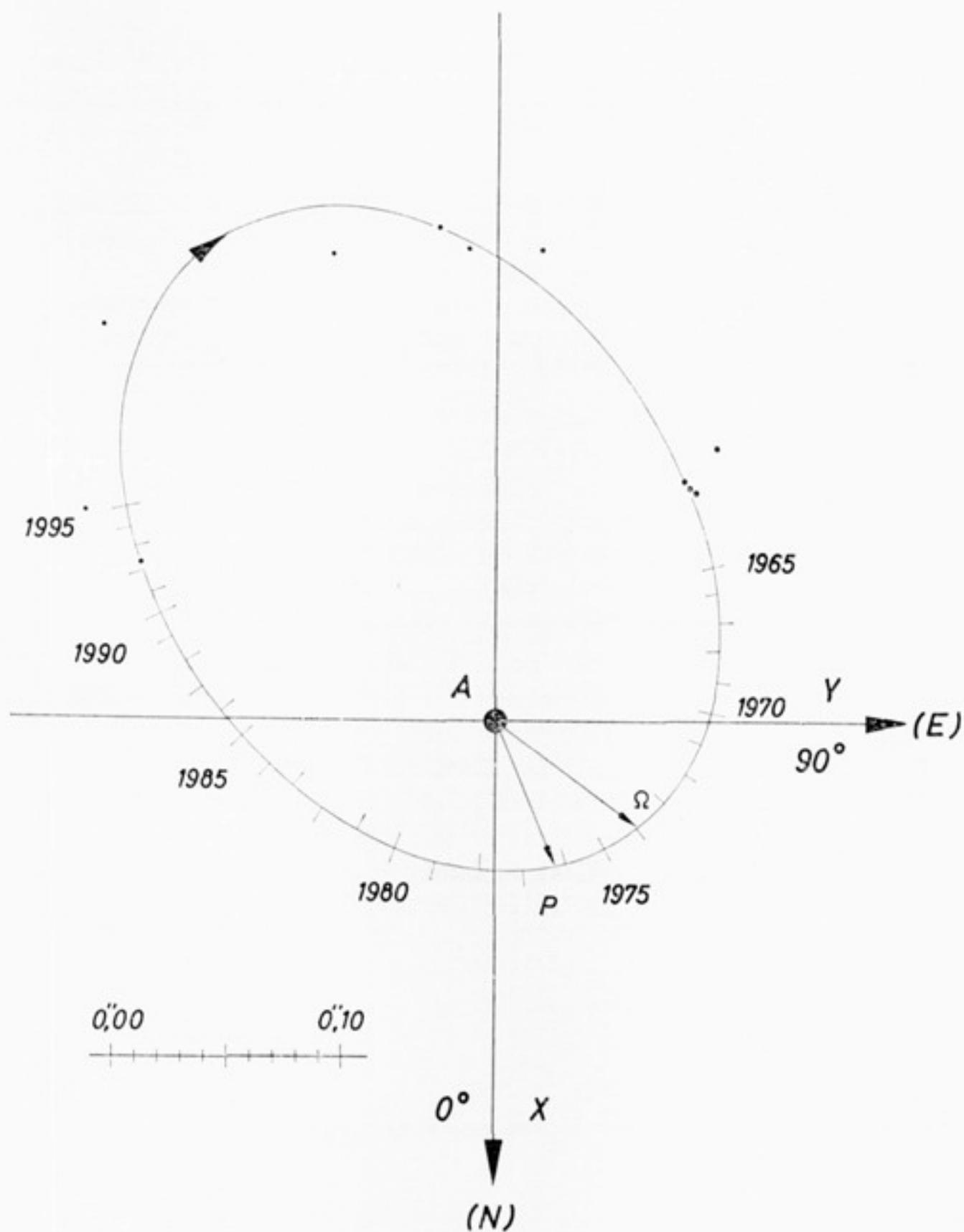


Fig. 3 — Órbita aparente do binário A. D. S. 5332

BIBLIOGRAFIA

- [1] AITKEN, R. G.: *New General Catalogue of Double Stars*. (Carnegie Institution of Washington, 1932).
- [2] RUSSEL, H. N. & MOORE, C. E.: *The masses of the stars*. (The University of Chicago Press, 1940).
- [3] JEFFERS, H. M. & van den Bos, W. H.: *Index Catalogue of Visual Double Stars, 1961,0* (University of California, Publications of the Lick Observatory, XXI, 1963).
- [4] HEINTZ, W. D.: *Bahnen von elf visuellen Doppelsternen*. (Veröffentlichungen der Sternwarte München, 7, Nr. 2, 1965, pg. 2).
- [5] SIMÕES DA SILVA, A.: *Sobre o aperfeiçoamento de órbitas de binários visuais de estrelas*. (Revista «O Instituto» de o Instituto de Coimbra, 128, 1966, pg. 1).
- [6] SIMÕES DA SILVA, A.: *Sobre o cálculo de órbitas de binários visuais de estrelas pelo método de THIELE-INNES*. (Revista da Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra, 32, 1963).
- [7] BAIZE, P. & ROMANI, L.: *Formules nouvelles pour le calcul des parallaxes dynamiques des couples orbitaux*. (Annales d'Astrophysique, Paris, 9, 1946, pg. 13).
- [8] UNSÖLD, A.: *Physik der Sternatmosphären*. (Berlin, 1938).
- [9] SCHLESINGER, F.: *General Catalogue of Stellar Parallaxes*. (Yale University Observatory, 1935).
- [10] JENKINS, L. F.: *General Catalogue of Trigonometric Stellar Parallaxes*. (Yale University Observatory, 1952).

A. SIMÕES DA SILVA

ÓRBITA DA ESTRELA DUPLA VISUAL

A D S 10355 \equiv A 1145

P R E F Á C I O

O presente trabalho, intitulado «Órbita da estrela dupla visual A. D. S. 10355 \equiv A 1145», é o terceiro da série que foi iniciada com a publicação «Órbita da estrela dupla visual A. D. S. 371 \equiv H α 1007.

Como tal foi elaborado com base nas indicações e elementos que recolhemos durante a nossa mais recente estadia no Observatório Real da Bélgica (Agosto e Setembro de 1967), consideramo-lo abrangido no âmbito das nossas actividades científicas como bolseiro do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra) do Instituto de Alta Cultura e foi realizado em colaboração com o Observador-chefe do Observatório Astronómico da Universidade de Coimbra Dr. M. COELHO BALÇA.

Dada esta breve nótula explicativa, reiteramos o nosso sincero reconhecimento ao Doutor A. VELGHE, Director do Observatório Real da Bélgica e Professor da Universidade de Lovaina, pelo excelente acolhimento e preciosa ajuda que mais uma vez nos dispensou, ao Doutor J. DOMMANGET, Astrónomo-chefe do Departamento n.º 2 daquele Observatório e Vice-Presidente da Comissão n.º 26 (Estrelas duplas) da U. A. I., pela indicação do tema do presente trabalho, ao Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory» (Washington) pela gentileza que teve em nos transmitir a maior parte das mais recentes observações do binário visual A. D. S. 10355, ao Prof. Doutor MANUEL DOS REIS, Professor da Universidade de Coimbra, Director do Observatório Astronómico da mesma Universidade e do Centro de Matemática (anexo à Faculdade de Ciências de Coimbra) do Instituto de Alta Cul-

tura, pela grande honra que nos concedeu em nos propor para membro do Centro que superiormente dirige e, finalmente, ao Prof. Doutor JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM bem como a toda a Ex.^{ma} Direcção de «O Instituto de Coimbra» pelas facilidades concedidas na publicação do presente trabalho na revista desta Academia Literária e Científica.

Junho de 1968.

A. SIMÕES DA SILVA

1. Introdução.

Estamos perante uma estrela dupla física descoberta em 1905 por R. G. AITKEN e cujas coordenadas uranográficas para as épocas de 1900,0 e 2000,0 são respectivamente

$$\left. \begin{array}{l} \alpha_{1900,0} = 17^{\text{h}} 03^{\text{m}},1 \\ \delta_{1900,0} = -00^{\circ} 57' \end{array} \right\} \quad \text{e} \quad \left. \begin{array}{l} \alpha_{2000,0} = 17^{\text{h}} 08^{\text{m}},2 \\ \delta_{2000,0} = -01^{\circ} 05' \end{array} \right\}$$

No tocante a elementos físicos observados deste binário visual, temos:

$$\left. \begin{array}{l} m = 6,02 \\ \Delta m = 2,0 \\ Sp = A_0 \end{array} \right\} (*)$$

em que m designa a grandeza aparente global do par, $\Delta m = m_B - m_A$ a diferença de grandezas entre as duas componentes e Sp o tipo espectral global.

Os resultados que obtivemos, para as grandezas aparentes e tipos espectrais individuais, foram

$$\left. \begin{array}{l} m_A = 6,18 \\ m_B = 8,18 \end{array} \right\} \quad \text{e} \quad \left. \begin{array}{l} Sp_A = A_2 \\ Sp_B = F_3 \end{array} \right\}$$

Que saibamos, não temos conhecimento de qualquer órbita publicada relativa a este binário visual de estrelas.

* O tipo espectral global (classificação do «Mount Wilson Observatory»), bem como os valores adoptados para m e Δm são os preconizados por R. G. AITKEN [1] e H. M. JEFFERS & W. H. van den Bos [2].

Nesta base, a nossa órbita, naturalmente preliminar, será a primeira respeitante a esta estrela dupla. Como habitualmente adoptámos o método de cálculo de THIELE-INNES [3].

Na elaboração da lista completa das observações e médias de observações de que nos servimos (Quadro 1), valemo-nos, fundamentalmente, das observações e médias de observações que nos foram gentilmente transmitidas pelo Doutor C. E. WORLEY do «U. S. Naval Observatory».

Todas as observações e médias de observações do ângulo de posição θ foram referidas ao equinócio e equador médios de 1900,0, pelo emprego da relação

$$\theta_{1900,0} = \theta_t + 0^{\circ},005400 (t - 1900).$$

2. Curvas de interpolação.

Na Fig. 1 indicamos o traçado definitivo das curvas de interpolação correspondentes às funções $\theta(t)$ e $\rho(t)$.

O valor correspondente para a constante das áreas é

$$c = -0,274175 \text{ arc } 1^{\circ} = -0,00478526$$

em que $-0,274175$ é um meio da média aritmética de 29 valores do produto $\rho \Delta \theta$.

3. Posições médias fundamentais.

As médias de observações N.^{os} 1 e 24 (Quadro 1), de pesos relativamente elevados e devidas a observadores dos mais conceituados, encontram-se bastante distanciadas no tempo das observações mais próximas conducentes a valores de θ e de ρ , respectivamente as médias de observações N.^{os} 2 e 20.

Tal facto justifica plenamente a adopção das médias N.^{os} 1 e 24 para posições médias fundamentais extremas, respectivamente B_1 e B_3 , tanto mais que a amplitude do arco observado de elipse aparente não é muito grande.

Quadro 1. — Observações e médias de observações do binário visual
A. D. S. 10355

N.º	t	θ_t	ρ	n	Observador e referência
1	1905,41	240,8	0,44	3	AITKEN. — ⁽¹⁾
2	1915,90	227,4	0,46	5	AITKEN & PETTIT. — ⁽¹⁾
3	1921,06	222,0	0,38	4	AITKEN. — ⁽¹⁾
4	1925,61	215,2	0,45	2	AITKEN. — ⁽¹⁾
5	1930,77	201,2	0,53	3	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part II, 1936, p. 27.
6	1932,52	210,8	0,41	2	FURNER. — <i>Greenwich Observations</i> , 1937, B 18.
7	1932,64	192,6	0,50	1	AITKEN. — ⁽²⁾
8	1933,54	200,0	0,37	5	AITKEN. — <i>Lick Observatory Bulletin</i> , 18, N.º 491, 1937, p. 121.
9	1933,638	204,8	0,36	4	VAN DEN BOS. — <i>Union Observatory Circular</i> , 4, N.º 92, 1934, p. 82.
10	1933,638	202,6	0,46	6	KUIPER. — <i>The Astrophysical Journal, Supplement Series</i> , 6, N.º 51, 1961, p. 14.
11	1934,56	195,4	0,45	2	AITKEN. — <i>Lick Observatory Bulletin</i> , 18, N.º 491, 1937, p. 121.
12	1936,285	195,8	0,50	4	VOUTE. — <i>Annalen Bosscha-Sterrenwacht Lembang</i> , 6, 4 ^e Gedeelte, 1947, p. D 87.
13	1939,92	192,3	0,46	4	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 8, Part VI, 1954, p. 148.
14	1943,29	187,4	0,38	4	VOUTE. — ⁽²⁾
15	1945,122	191,4	0,31	2	VAN DEN BOS. — <i>Union Observatory Circular</i> , 6, N.º 111, 1951, p. 63.
16	1949,611	130,8	0,235	3	WILSON, Jr. — <i>Astronomical Journal</i> , 55, N.º 5, 1950, p. 155.
17	1951,56	85 ±	0,40 ±	1	MULLER. — <i>Journal des Observateurs</i> , 34, N.ºs 7-8, 1951, p. 82.
18	1951,78	165,6	0,27	2	VAN BIESBROECK. — <i>Publications of the Yerkes Observatory</i> , 9, Part II, 1960, p. 79.

⁽¹⁾ Médias de observações extraídas do catálogo [1].⁽²⁾ Observação e média de observações de que tivemos conhecimento unicamente por intermédio do Doutor C. E. WORLEY.

Quadro 1. — Continuação

N.º	t	θ_t	ρ	n	Observador e referência
19	1952,572	168,2 ^o	0,24 ^{''}	2	WILSON, Jr. — <i>Astronomical Journal</i> , 59, N.º 3, 1954, p. 134.
20	1953,543	154,8	0,25	2	WILSON, Jr. — <i>Idem</i> , N.º 7, p. 258.
21	1953,55	«No companion seen»		1	MULLER. — <i>Idem</i> , N.º 10, p. 391.
22	1955,50	«Round»		4	HEINTZ. — <i>Monthly Notices</i> , 116, N.º 3, 1956, p. 251.
23	1959,486	«Simple»		1	COUTEAU. — <i>Journal des Observateurs</i> , 43, N.º 1, 1960, p. 9.
24	1962,257	101,1	0,22	4	VAN DEN BOS. — <i>Astronomical Journal</i> , 67, N.º 8, 1962, p. 564.

No respeitante à escolha da posição média fundamental B_2 , apercebemo-nos bastante cedo que ela iria ter grande repercussão na configuração da própria órbita. Nessa conformidade procedemos a 6 ensaios, conducentes a outras tantas órbitas possíveis para este binário visual, órbitas estas fortemente dissemelhantes, como revela o quadro a seguir indicado, onde P representa o período do movimento e $\mu = 2\pi / P$.

	t	θ	ρ	μ	P
1.º ensaio	1929,00	209,1(9) ^o	0,44(9) ^{''}	0,01256 ^r	500,25 anos
2.º »	1930,00	208,0(0)	0,44(7)	0,01756	357,81
3.º »	1931,00	206,4(7)	0,44(5)	0,01120	561,00
4.º »	1932,00	205,0(5)	0,44(3)	0,00516	1217,32
5.º »	1933,00	203,6(7)	0,44(0)	0,00388	1619,38
6.º »	1934,00	202,2(4)	0,43(6)	0,00313	2006,77

Em face da enorme repercussão que a simples escolha da posição média fundamental B_2 tem na configuração da órbita desta estrela dupla visual, entendemos dever avaliar

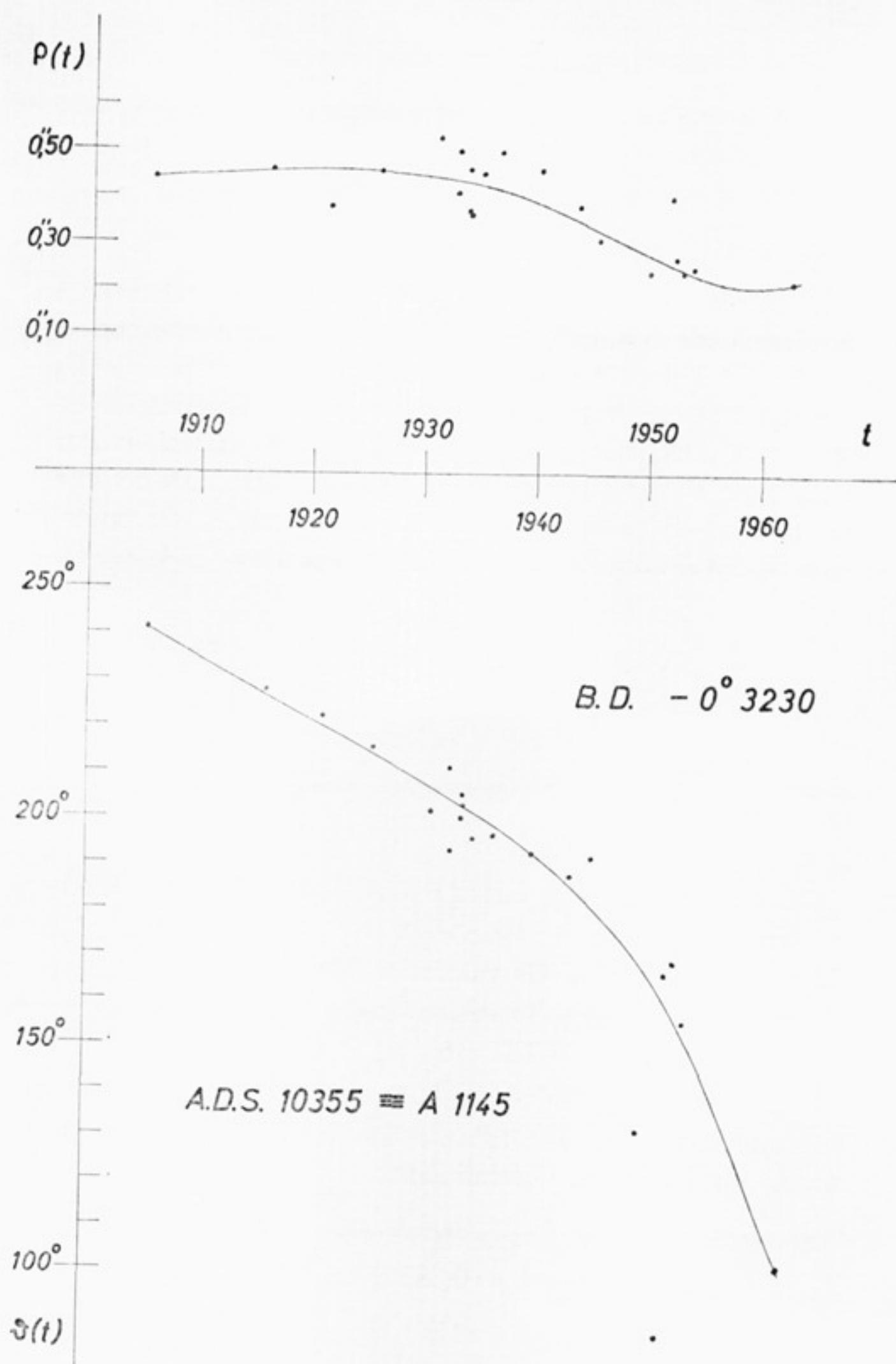


Fig. 1 — Curvas de interpolação das funções $\theta(t)$ e $\rho(t)$ (A. S. D. 10355)

a precisão do elemento μ para cada um dos 6 ensaios já referidos. Sobre este assunto reportamo-nos ao capítulo VIII da publicação [3].

Na determinação dos erros médios quadráticos ε_{θ_i} e ε_{ρ_i} , respectivamente das coordenadas θ_i e ρ_i das três posições médias fundamentais B_i ($i = 1, 2, 3$), deparámos com a dificuldade resultante da posição B_1 (coincidente com a média N.º 1 de três observações de AITKEN) e da posição B_3 (coincidente com a média N.º 24 de quatro observações de VAN DEN BOS) não possuírem nas respectivas vizinhanças quaisquer outras observações com valores medidos de θ e de ρ (Fig. 1). Baseando-nos em considerações de ordem experimental adoptámos os limites superiores

$$\left. \begin{array}{l} 1^{\circ},5 \text{ arc } 1^{\circ} \geq |\varepsilon_{\theta_1}| \\ 5^{\circ} \text{ arc } 1^{\circ} \geq |\varepsilon_{\theta_3}| \end{array} \right\} \quad e \quad \left. \begin{array}{l} \frac{1}{22} \geq \left| \frac{\varepsilon_{\rho_1}}{\rho_1} \right| \\ \frac{2}{11} \geq \left| \frac{\varepsilon_{\rho_3}}{\rho_3} \right| \end{array} \right\}$$

Os cálculos de ε_{θ_2} e ε_{ρ_2} foram realizados com base nas observações e médias de observações N.ºs 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 (Quadro 1). Os valores obtidos foram

$$\varepsilon_{\theta_2}^2 = 0,000134629 \quad e \quad \varepsilon_{\rho_2}^2 = 0,000107010.$$

Relativamente à constante das áreas c e ao seu erro médio quadrático ε_c , determinámos

$$\left(\frac{\varepsilon_c}{c} \right)^2 = 0,383115 \cdot 10^{-7},$$

resultado este obtido a partir de 29 valores preliminares de c cuja média foi o valor adoptado $c = -0,00478526$.

Os resultados intermediários (*) que indicamos a seguir sintetizam a sequência dos cálculos a efectuar para a determinação de ε_μ (erro médio quadrático do elemento μ) relativo ao 2.º ensaio dos seis efectuados:

$$\begin{array}{lll} N_1 = - 0,0942(4) & a = E_{32} = 64^\circ,25 & R_1 = - 37,077 \\ N_2 = + 0,0629(9) & & R_2 = - 17,782 \\ N_3 = - 0,1065 & c = E_{21} = 36^\circ,07 & R_3 = - 109,349 \end{array}$$

$$\begin{array}{lll} S_1 = + 3,494 & \cotg \theta_{32} = + 0,298 & S_1 \cotg \theta_{32} = + 1,0417 \\ S_2 = - 1,120 & \cotg \theta_{13} = - 1,167 & S_2 \cotg \theta_{13} = + 1,3069 \\ S_3 = + 11,650 & \cotg \theta_{21} = - 1,552 & S_3 \cotg \theta_{21} = - 18,0779 \end{array}$$

$$(S_2 + S_3)^2 \left(\frac{\varepsilon_{\rho_1}}{\rho_1} \right)^2 = 0,229106$$

$$(S_3 + S_1)^2 \left(\frac{\varepsilon_{\rho_2}}{\rho_2} \right)^2 = 0,122835$$

$$(S_1 + S_2)^2 \left(\frac{\varepsilon_{\rho_3}}{\rho_3} \right)^2 = 0,186315$$

$$(S_1 + S_2 + S_3)^2 \left(\frac{\varepsilon_c}{c} \right)^2 = 0,000008$$

$$(S_2 \cotg \theta_{13} - S_3 \cotg \theta_{21})^2 \varepsilon_{\theta_1}^2 = 0,257550$$

$$(S_3 \cotg \theta_{21} - S_1 \cotg \theta_{32})^2 \varepsilon_{\theta_2}^2 = 0,049215$$

$$(S_1 \cotg \theta_{32} - S_2 \cotg \theta_{13})^2 \varepsilon_{\theta_3}^2 = 0,000536$$

$$\text{Soma} = 0,845565$$

$$\frac{\varepsilon_\mu}{\mu} = \frac{\mu}{c} \sqrt{0,845565} = \pm 3,4.$$

Para os restantes ensaios, os valores encontrados para ε_μ/μ são: $\pm 5,0$ (1.º ensaio), $\pm 4,8$ (3.º ensaio), $\pm 8,7$ (4.º ensaio), $\pm 10,6$ (5.º ensaio) e $\pm 12,0$ (6.º ensaio).

* Sobre o seu significado consultar o cap. VIII da publicação [3] já citada.

Os valores de ε_{μ}/μ , relativos aos seis ensaios efectuados, sendo superiores à unidade, perdem todo o seu significado; revelam, contudo, que, dentro da latitude que os erros ε_c , ε_{ρ_i} e ε_{θ_i} ($i = 1, 2, 3$) conferem aos valores das coordenadas das posições médias fundamentais e da constante das áreas, a órbita poderá passar do género elipse ao género hipérbole. Trata-se pois de uma indicação segura da pouca confiança que deverá inspirar toda a órbita do binário A. D. S 10355 determinada no momento presente. Com o fim de prosseguirmos no cálculo da órbita, escolhemos, de todas as posições B_2 ensaiadas, a relativa ao 2.º ensaio, em virtude de ela corresponder à melhor solução como indica uma interpolação gráfica aproximada.

4. Elementos da órbita real.

Os elementos orbitais que determinámos, quer os de CAMPBELL, quer os de INNES, fazem parte dos valores a seguir mencionados:

$P = 357,81$ anos	$A = -0'',6415$
$T = 1947,30$	$B = +0'',0473(2)$
$e = 0,522$	$F = +0',4152$
$n = 1'',0061$	$G = +0'',4674$
$a = 0'',804$	$C = \mp 0'',4828$
$i = 119^\circ,60$	$H = \mp 0'',5060$
$\Omega = 21^\circ,02$ (1900,0)	$\pi L = \mp 2,30$
$\omega = 223^\circ,66$	$\pi N = \mp 2,41$.

Excluídas as observações e médias de observações N.ºs 7, 15, 16, 17 e 19 (Quadro 1), a representação da nossa órbita aparente é satisfatória, como revela o Quadro 2, o qual insere as diferenças $O - C$, quer de θ , quer de ρ , relativas a todas as observações e médias de observações do Quadro 1.

No tocante às médias N.^{os} 15, 16 e 17 entendemos dever evidenciar certos aspectos que os próprios Autores assinalam.

Assim, a N.^o 15 é uma média de duas observações divergentes em θ de mais de 7° e separadas por um intervalo de tempo de cerca de nove anos.

Quanto à N.^o 16, trata-se de uma média de três observações cujos valores de θ , a seguir indicados, são bastante dispares:

t	θ
1949,595	— 152°,5
1949,600	— 130°,8
1949,638	— 109°,0.

Quadro 2. — Diferenças $O - C$, quer de θ , quer de ρ
(binário visual A. D. S. 10 355)

N. ^o	θ_c	θ_o	$\theta_o - \theta_c$	n	$\rho_o - \rho_c$	ρ_o	ρ_c	N. ^o
	°	°	°		''	''	''	
1	240,8	240,8	0,0	3	0,00	0,44	0,44	1
2	226,5	227,5	+ 1,0	5	0,00	0,46	0,46	2
3	219,8	222,1	+ 2,3	4	- 0,08	0,38	0,46	3
4	213,9	215,3	+ 1,4	2	- 0,01	0,45	0,46	4
5	206,9	201,4	- 5,5	3	+ 0,09	0,53	0,44	5
6	204,5	211,0	+ 6,5	2	- 0,03	0,41	0,44	6
7	204,3	192,8	- 11,5	1	+ 0,06	0,50	0,44	7
8	203,0	200,2	- 2,8	5	- 0,06	0,37	0,43	8
9	202,8	205,0	+ 2,2	4	- 0,07	0,36	0,43	9
10	202,8	202,8	0,0	6	+ 0,03	0,46	0,43	10
11	201,5	195,6	- 5,9	2	+ 0,02	0,45	0,43	11
12	198,8	196,0	- 2,8	4	+ 0,08	0,50	0,42	12
13	192,6	192,5	- 0,1	4	+ 0,07	0,46	0,39	13
14	185,9	187,6	+ 1,7	4	+ 0,03	0,38	0,35	14
15	181,6	191,6	+ 10,0	2	- 0,02	0,31	0,33	15
16	168,4	131,1	- 37,3	3	- 0,04	0,24	0,28	16
17	161,0	85,3	- 75,7	1	+ 0,14	0,40	0,26	17
18	160,1	165,9	+ 5,8	2	+ 0,01	0,27	0,26	18
19	156,7	168,5	+ 11,8	2	- 0,01	0,24	0,25	19
20	152,1	155,1	+ 3,0	2	+ 0,01	0,25	0,24	20
24	101,4	101,4	0,0	4	0,00	0,22	0,22	24

Finalmente, no respeitante à observação N.º 17, o próprio Autor faz seguir dos sinais \pm os valores encontrados para as coordenadas θ e ρ .

5. Paralaxe dinâmica e elementos físicos.

Indicamos seguidamente os valores que determinámos para estas quantidades, quer pelo método de H. N. RUSSELL e C. E. MOORE [4], quer pelo método de P. BAIZE e L. ROMANI [5].

	RUSSEL e MOORE		BAIZE e ROMANI	
	A	B	A	B
Estrela				
P. dinâmica	0",0094		0",0098	
Grand. abs. vis.	1,05	3,05	1,13	3,13
Massa	2,96 \odot	1,70 \odot	2,76 \odot	1,65 \odot
Raio	2,08 \odot	1,41 \odot		
Densidade média	0,33 \odot	0,61 \odot		
T. efectiva	9693° K	6942° K		
Espectro	A ₂	F ₃		

A temperatura efectiva foi calculada adoptando-se para valor desta no caso do Sol 5713° K (A. UNSÖLD [6]).

Como valores publicados da paralaxe dinâmica, aliás perfeitamente concordantes com aqueles que determinámos, encontrámos 0",008 e 0",0094, citados respectivamente por H. N. RUSSELL & C. E. MOORE ([4], pág. 218) e F. SCHLESINGER & L. F. JENKINS ([7], pág. 154).

Quanto à paralaxe hipotética, o valor por nós determinado e que conduziu ao valor da paralaxe dinâmica dentro do método de RUSSELL & MOORE foi 0",016, o qual se harmoniza perfeitamente com os valores 0",016 e 0",014 ($\pm 0",004$) devidos respectivamente a H. N. RUSSELL & C. E. MOORE ([4], pág. 218) e G. CECCHINI ([8], pág. 87).

6. Extremos da velocidade radial.

Adoptando como valor da paralaxe dinâmica $0",0098$, valor determinado pelo método de BAIZE e ROMANI, calculámos $K = 6,99$ km/sec. A velocidade radial relativa atingirá então os seus extremos nas datas $t = 2027,4$ e $t = 2292,7$ anos, respectivamente no

$$\Omega, \text{ onde } V_r = \pm 4,4 \text{ km/sec,}$$

e no

$$\mathcal{O}, \text{ onde } V_r = \mp 9,6 \text{ km/sec.}$$

7. Efemérides.

O Quadro 3 fornece duas efemérides: uma do movimento relativo aparente e a outra da velocidade radial relativa. Ambas foram calculadas até ao ano de 1995.

Na primeira, os valores de θ estão já referidos aos equinócios das correspondentes datas; na segunda, utilizámos o valor de K já citado ($K = 6,99$ km/sec).

Com base nestas últimas efemérides, apresentamos, na Fig. 2, a chamada curva da velocidade radial relativa. Sobre este assunto e seu interesse actual, chamamos a atenção para o «Catalogue d'Éphémérides des vitesses radiales relatives des composantes des étoiles doubles visuelles dont l'orbite est connue», publicado sob os auspícios da U. A. I. e da autoria de J. DOMMANGET com a colaboração de O. NYS.

8. Órbita aparente.

A Fig. 3 representa, dentro da nossa solução, a órbita aparente do binário visual A. D. S. 10355.

Quadro 3. — Efemérides do movimento relativo aparente e da velocidade radial relativa do binário visual A. D. S. 10355

t	θ_t	ρ	V_r ($K = 6,99$ km/sec)
	^o	^{''}	
1965,0	86,8	0,24	± 1,2 km/sec
1966,0	82,4	0,25	± 0,8
1967,0	78,3	0,27	± 0,6
1968,0	74,6	0,28	± 0,3
1969,0	71,2	0,29	0,0
1970,0	68,1	0,30	± 0,2
1971,0	65,3	0,32	± 0,5
1972,0	62,7	0,33	± 0,7
1973,0	60,3	0,35	± 0,9
1974,0	58,1	0,36	± 1,1
1975,0	56,1	0,38	± 1,3
1976,0	54,3	0,39	± 1,5
1977,0	52,6	0,41	± 1,7
1978,0	51,0	0,42	± 1,9
1979,0	49,5	0,44	± 2,0
1980,0	48,1	0,45	± 2,2
1981,0	46,8	0,47	± 2,3
1982,0	45,6	0,48	± 2,4
1983,0	44,4	0,50	± 2,6
1984,0	43,4	0,51	± 2,7
1985,0	42,3	0,53	± 2,8
1986,0	41,4	0,54	± 2,9
1987,0	40,4	0,55	± 3,0
1988,0	39,5	0,57	± 3,1
1989,0	38,7	0,58	± 3,2
1990,0	37,9	0,59	± 3,3
1991,0	37,1	0,61	± 3,3
1992,0	36,4	0,62	± 3,4
1993,0	35,7	0,63	± 3,5
1994,0	35,0	0,64	± 3,6
1995,0	34,4	0,66	± 3,6

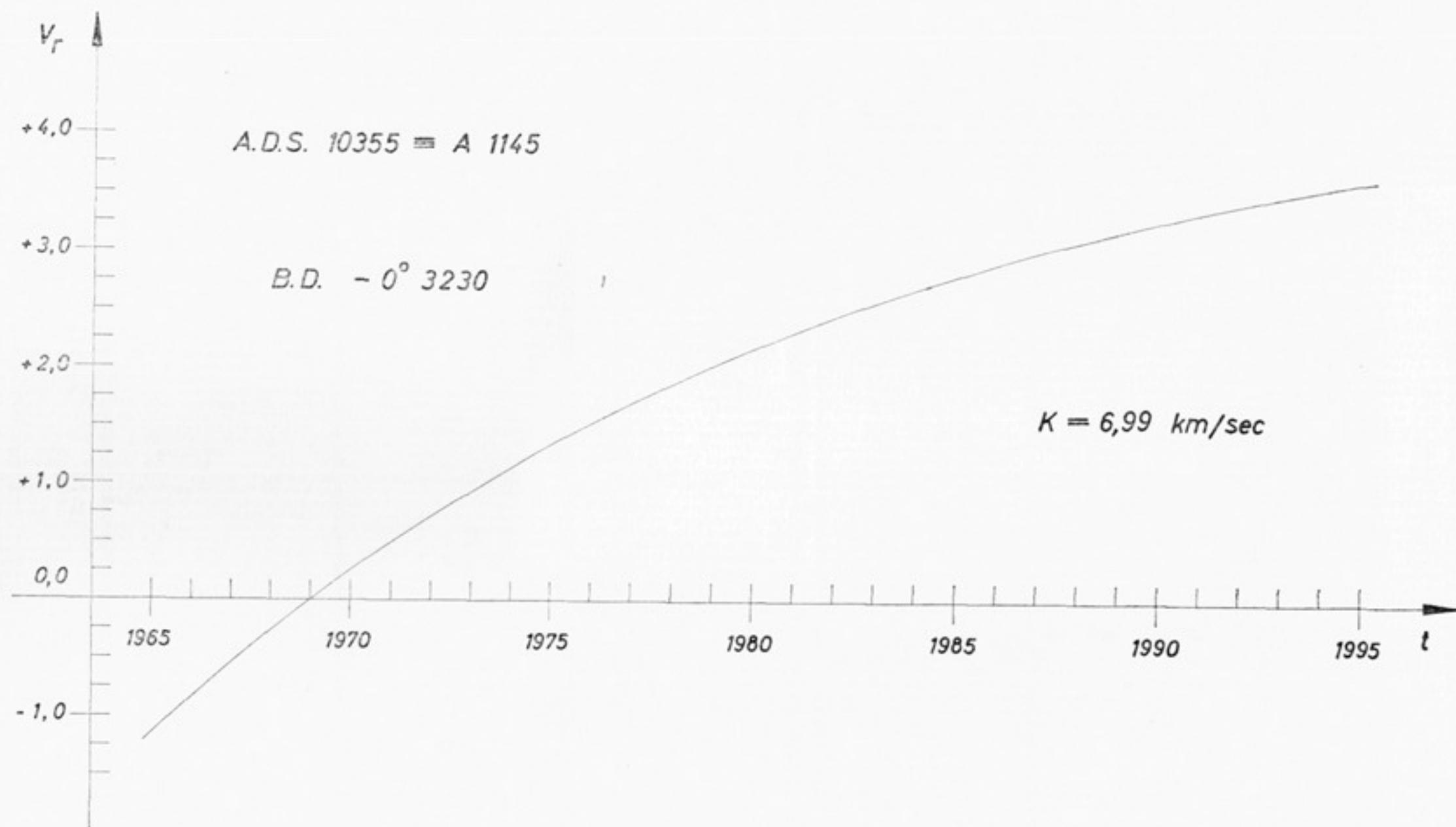


Fig. 2 — Curva da velocidade radial com V_r em km/sec (A. D. S. 10355)

A. D. S. 10355 = A 1145

B. D. $- 0^{\circ} 3230$

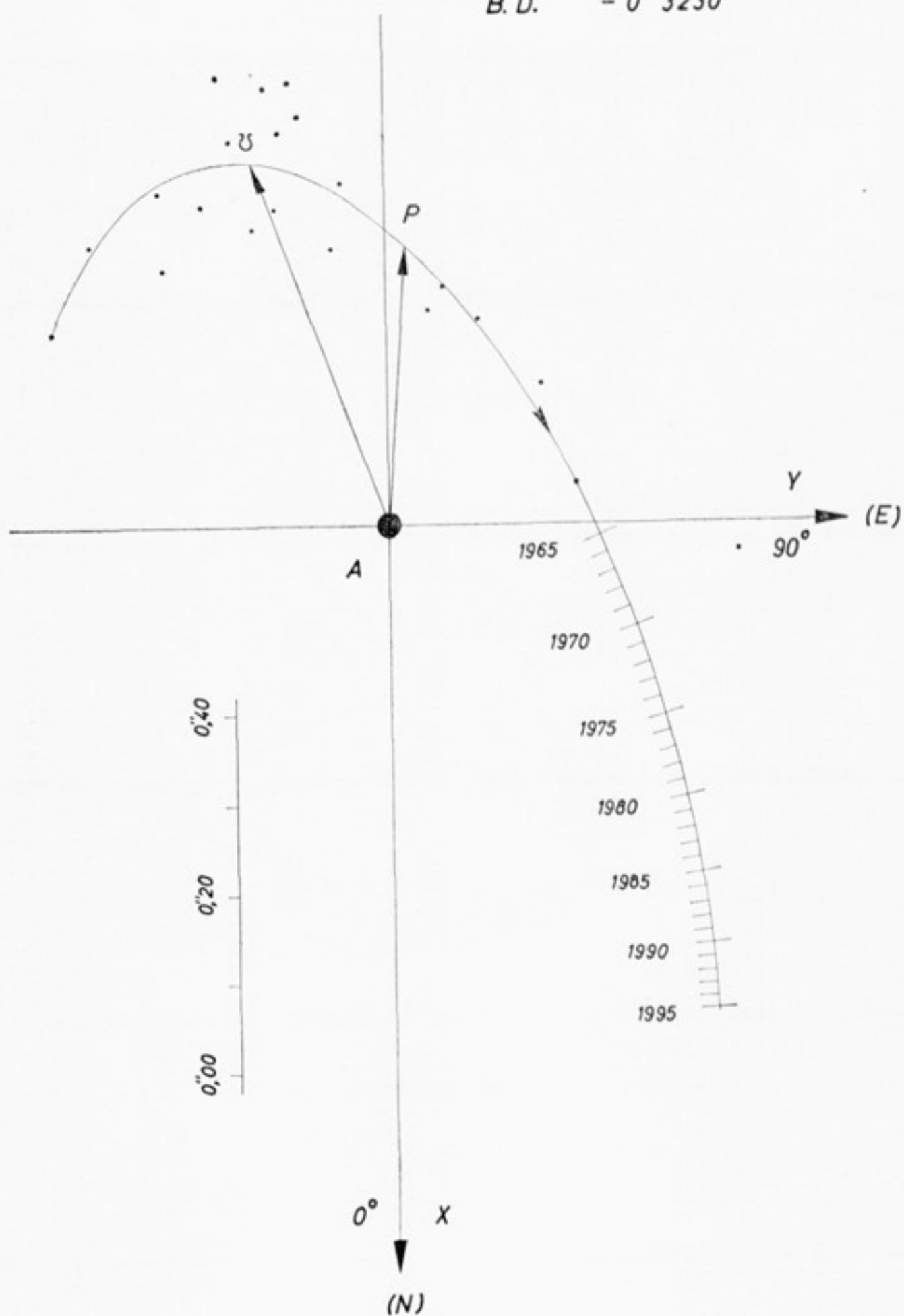


Fig. 3 — Órbita aparente do binário visual A. D. S. 10355

BIBLIOGRAFIA

- [1] AITKEN, R. G.: *New General Catalogue of Double Stars*. (Carnegie Institution of Washington, 1932).
- [2] JEFFERS, H. M. & van den Bos W. H.: *Index Catalogue of Visual Double Stars, 1961,0*. (University of California, Publications of the Lick Observatory, XXI, 1963).
- [3] SIMÕES DA SILVA, A.: *Sobre o cálculo de órbitas de binários visuais de estrelas pelo método de THIELE-INNES*. (Revista da Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra, 32, 1963).
- [4] RUSSELL, H. N. e MOORE, C. E.: *The masses of the stars*. (The University of Chicago Press, 1940).
- [5] BAIZE, P. e ROMANI, L.: *Formules nouvelles pour le calcul des parallaxes dynamiques des couples orbitaux*. (Annales d'Astrophysique, Paris, 9, 1946, pág. 13).
- [6] UNSÖLD, A.: *Physik der Sternatmosphären*. (Berlin, 1938).
- [7] SCHLESINGER F. e JENKINS, L. F.: *General Catalogue of Stellar Parallaxes*. (Yale University Observatory, Edition of 1935).
- [8] CECCHINI, G.: *Catalogo Generale di Parallassi Stellari, Parte I*. (Publicazioni del R. Osservatorio Astronomico di Merate, N. 4, 1931).

A. SIMÕES DA SILVA

